

MENSAJE DEL DECANO

20 generaciones de abogados
para el bien común

DOCTRINA

CORNEJO, José Gabriel
PROAÑO, Pablo A.

Bien común y democracia liberal:
un análisis de compatibilidad en torno
a la teoría de Dominique Philippe

IGLESIAS ROSSINI, Gonzalo F.
Conservación del suelo y el subsuelo
desde una perspectiva ambiental

LABANDERA, Pablo
Instrumentos jurídicos de prevención
en materia de Derecho Aduanero

MARTÍNEZ MARURI, Elisa María
El uso de imagen de los menores
de edad y las redes sociales

PEREIRA BRAUSE, Pablo
El proyecto de ley de arbitraje
doméstico: una reforma impostergable

RUGGIERI, María Pía
VILASECA, Lucía
El efecto negativo del
Kompetenz – Kompetenz
en los tribunales uruguayos

**CONFERENCIAS Y
CLASES MAGISTRALES**

MOURRE, Alexis
A vueltas con la legitimidad del
arbitraje internacional

**JURISPRUDENCIA
COMENTADA**

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo
El aborto no es un derecho constitucional.
Una sentencia histórica del Tribunal Supremo
de Estados Unidos

**INFORMACION DE
LA FACULTAD**
Noticias de grado y posgrados

TESINAS DE MASTERS

SORRIBAS MUSI, Stefanía L.
Procedimiento de pequeñas causas para las
relaciones de consumo – ley n°18.507
¿sus aspectos procesales redundan en una
herramienta beneficiosa al consumidor?

**MONOGRAFÍAS DE
ESTUDIANTES**

LEA PLAZA, Matías
La infracapitalización societaria y el nuevo
paradigma del Derecho Comercial

APKER, Mary Beth
The United States as a melting pot of cultures:
universality of human rights

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

DE CASAS, C. Ignacio
La dignidad al debate: usos del concepto en la
jurisprudencia de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos, de Nicolás Lafferriere
y Helga Lell



Revista de
DERECHO

Año XXI (Diciembre 2022), N° 42
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
FACULTAD DE DERECHO

Política de acceso abierto

La Revista de Derecho proporciona acceso inmediato y gratuito a todos los contenidos de esta edición electrónica, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

- 1) Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL del artículo).
- 2) Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.
- 3) No se usen para fines comerciales.

Indexada en:

Biblioteca Nacional del Uruguay, Biblioteca Nacional de Uruguay, EBSCO-Academic Search Ultimate, ERIHPLUS, Dialnet, Latindex, Timbó Foco. Miembro de AURA: Asociación Uruguaya de Revistas Académicas.

Redacción y suscripciones

Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.
Dr. Prudencio de Pena 2544 (11600)
Montevideo, URUGUAY
Tel.: (598) 2707-4461

Contacto de la revista

E-mail: redaccionfder@um.edu.uy
Canje: biblioteca@um.edu.uy

Página web de la revista

<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho>

La revista no asume necesariamente las opiniones expresadas en los trabajos publicados.

Plazo de recepción de originales

Para el número de julio, hasta el 30 de abril anterior; para el número de diciembre, hasta el 30 de octubre anterior.

Aviso de derechos de autor

Esta revista es publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos: Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), que permite a otros compartir el trabajo con un reconocimiento de la autoría y un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Diseño: Ser Gráficos

Impresión: Ser Gráficos

Depósito legal: 374.615

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

N° 42 – Diciembre 2022

Revista de
DERECHO

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO

Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

CONSEJO EDITORIAL

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA

Marcelo SHEPPARD

María BRUGNINI

SECRETARÍA TÉCNICA

Natalia VELOSO GIRIBALDI

Sofía MARURI ARMAND-UGON

EDITORA TÉCNICA

Valentina MORANDI

CONSEJO ASESOR

Jorge FERNÁNDEZ REYES, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Pedro MONTANO GÓMEZ, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Walter HOWARD, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos DE CORES, Universidad CLAEH, Montevideo, Uruguay

María Emilia CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España

Alejandro CASTELLO, Universidad de la República, Uruguay

David ARONOFSKY, University of Montana, Missoula, Montana, Estados Unidos

Joseph DALY, Mitchell Hamline University, Saint Paul, Minnesota, Estados Unidos

Juan CIANCIARDO, Universidad de Navarra, Pamplona, España

Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra, Pamplona, España

Juan Bautista ETCHEVERRY, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina

Pedro COVIELLO, Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina

Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, España

Jorge ROSENBAUM, Universidad de La República, Uruguay

Raúl GAMARRA, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

Rosa LASTRA, Queen Mary University of London, Inglaterra

Henry Alexander MEJÍA, Universidad de El Salvador

Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México

Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú

Rafael R. DICKSON MORALES, Universidad Iberoamericana, República Dominicana

Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, Universidad de los Andes, Chile

Sebastián CONTRERAS, Universidad de los Andes, Chile

Pilar ZAMBRANO, Universidad de Navarra, España

Juana ACOSTA, Universidad de la Sabana, Colombia

Mario GARMENDIA, Universidad CLAEH, Uruguay

SUMARIO**MENSAJE DEL DECANO**

20 generaciones de abogados para el bien común 9

DOCTRINA**JOSÉ GABRIEL CORNEJO y PABLO A. PROAÑO**

Bien común y democracia liberal: un análisis de compatibilidad en torno a la teoría de Dominique Philippe..... 15

GONZALO F. IGLESIAS ROSSINI

Conservación del suelo y el subsuelo desde una perspectiva ambiental..... 41

PABLO LABANDERA

Instrumentos jurídicos de prevención en materia de Derecho Aduanero..... 53

ELISA MARÍA MARTÍNEZ MARURI

El uso de imagen de los menores de edad y las redes sociales..... 87

PABLO PEREIRA BRAUSE

El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergable..... 105

MARÍA PÍA RUGGIERI y LUCÍA VILASECA

El efecto negativo del Kompetenz – Kompetenz en los tribunales uruguayos..... 127

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES**ALEXIS MOURRE**

A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional..... 157

JUSISPRUDENCIA COMENTADA**EDUARDO ESTEVA GALLICCHIO**

El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo de Estados Unidos 171

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados 197

TESINAS DE MASTERS**STEFANÍA L. SORRIBAS MUSI**

Procedimiento de pequeñas causas para las relaciones de consumo – ley n° 18.507 ¿sus aspectos procesales redundan en una herramienta beneficiosa al consumidor? 227

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES**MATÍAS LEA PLAZA**

La infracapitalización societaria y el nuevo paradigma del Derecho Comercial..... 277

Mary Beth APKER

The United States as a melting pot of cultures: universality of human rights 297

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS**C. IGNACIO DE CASAS***La dignidad al debate: usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de Nicolás Lafferriere y Helga Lell..... 313



MENSAJE DEL DECANO

MENSAJE DEL DECANO

20 generaciones de abogados para el bien común

Mensaje del decano

20 generaciones de abogados para el bien común

Este año egresa de nuestra Facultad la vigésima generación de abogados de la Universidad de Montevideo. Es un buen momento para pasar raya. Mirar para atrás, evaluar el desarrollo, hacer examen. Y también para pensar y repensar en la función social que debe cumplir la facultad de Derecho. En cuáles son y/o deben ser sus objetivos esenciales. Qué clase de profesionales tenemos la responsabilidad de formar para promover que sean agentes eficaces de promoción del bien común, de la estabilidad necesaria para que cada ciudadano cuente con las condiciones indispensables para realizarse, libremente, como persona.

Ciertamente, es y ha sido siempre un objetivo central de nuestra Facultad formar abogados con una solidez jurídica de primera línea, preparados para afrontar los desafíos profesionales más exigentes. Y lo ha logrado. Emociona y satisface ver a nuestros egresados, que ya se cuentan por cientos, diseminados en diversos relevantes lugares y posiciones de nuestro país, y también a nivel internacional, destacando profesionalmente, cosechando éxitos, sirviendo en el más amplio sentido del término, transformándose en nuestros mejores embajadores.

Pero más satisface constatar como nuestros ALUMNI son reconocidos por sus valores, por su entereza, por su altura ética y, por lo que el profesor español, José María Torralba, sintetizaría como “educación liberal universitaria” (Torralba, J.M., *Una educación liberal*. Ediciones Encuentro S.A., Madrid, 2022). El desarrollo de este objetivo esencial de la formación universitaria inspiró la reciente creación del Instituto *Core Curriculum* de la Universidad de Montevideo. Su principal objetivo es dar un paso más en esa formación integral de nuestros estudiantes.

Explica Torralba que la educación liberal es un “proyecto formativo en el que el conocimiento se valora no solo por su utilidad, sino como un fin en sí mismo, y en el que el objetivo no es solo preparar profesionalmente, sino también educar a la persona entera, incluyendo tanto la dimensión intelectual como la moral” (Torralba, J.M., *Ob. Cit.*, p. 19).

Desde esta perspectiva, el objetivo de la Facultad de Derecho no sería exclusivamente la formación en habilidades técnicas para el ejercicio profesional, sino inculcar en los estudiantes que la verdad y el conocimiento por sí mismo, son necesidades humanas básicas que los prepara para tener una vida plena, más allá de la carrera profesional. Estudiantes capaces de hacerse las grandes preguntas de la vida y de esforzarse por adquirir las virtudes que hacen asequible la felicidad.

Tenemos el convencimiento de que el aporte al progreso científico, la promoción de la justicia y el bien común que se espera de la Universidad, y de la Facultad de Derecho en particular, se logra más cabalmente desde esta perspectiva humanista de la educación universitaria. En esa línea, la Universidad de Montevideo preparó a las 20 generaciones de abogados que actualmente sirven a la sociedad y, con renovado empeño, procurará seguir formando a las venideras.

Miguel Casanova,
diciembre 2022



DOCTRINA

JOSÉ GABRIEL CORNEJO y PABLO A. PROAÑO

Bien común y democracia liberal: un análisis de compatibilidad en torno a la teoría de Dominique Philippe

GONZALO F. IGLESIAS ROSSINI

Conservación del suelo y el subsuelo desde una perspectiva ambiental

PABLO LABANDERA

Instrumentos jurídicos de prevención en materia de Derecho Aduanero

ELISA MARÍA MARTÍNEZ MARURI

El uso de imagen de los menores de edad y las redes sociales

PABLO PEREIRA BRAUSE

El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergable

MARÍA PÍA RUGGIERI y LUCÍA VILASECA

El efecto negativo del Kompetenz – Kompetenz en los tribunales uruguayos

JOSÉ GABRIEL CORNEJO

Abogado asociado en la organización Dignidad y Derecho
Ayudante de cátedra de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador)
en las materias de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional
jgcomejo96@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8839-4507>

PABLO A. PROAÑO

Abogado asociado en la organización Dignidad y Derecho
Candidato a magíster en derecho constitucional
por la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador)
pablo.a.proano@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9222-353X>

Recibido: 30/10/2022 - Aceptado: 25/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Cornejo, José Gabriel y Proaño, Pablo A. (2022). Bien común y democracia liberal: un análisis de compatibilidad en torno a la teoría de Dominique Philippe. *Revista de Derecho*, 21 (42), 15-39. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.2>

Bien común y democracia liberal: un análisis de compatibilidad en torno a la teoría de Dominique Philippe

15

Resumen: El conflicto entre bien común y democracia liberal podría existir o no dependiendo del significado que se atribuya a dichos conceptos. Históricamente, la realización del bien común ha sido un tema de interés para pensadores políticos. Además, este término ha sido incluido en ordenamientos jurídicos de Estados de tendencia liberal-democrática. Por ello, en este ensayo se analizan dichos conceptos y se expone en qué manera pueden ser compatibles, con un énfasis en la teoría de Dominique Philippe sobre el bien común. Primero, se hace una reconstrucción teórica del pensamiento democrático-liberal. Luego, se realiza un recuento histórico del bien común, identificando las principales posturas filosóficas que han influenciado en su comprensión en determinadas etapas. Posteriormente, se expone la comprensión en determinadas etapas. Posteriormente, se expone la posición de Dominique Philippe acerca del bien común. Por último, se examina la compatibilidad de la postura del filósofo respecto de una democracia liberal.

Palabras clave: bien común, democracia liberal, pluralismo, Dominique Philippe, Estado

Common good and liberal democracy: a compatibility analysis around Dominique Philippe's theory

Abstract: The conflict between the common good and liberal democracy may or may not exist depending on the meaning attributed to these concepts. Historically, the realization of the common good has been a matter of interest to political thinkers. Moreover, this term has been included in the legal systems of states with a liberal-democratic tendency. This essay therefore harmonizes these concepts and explains how they can be compatible, with an emphasis on Dominique Philippe's theory of the common good. First, there is a theoretical reconstruction of liberal-democratic thought. Next, a historical account of the common good is made, identifying the main philosophical positions that have influenced its understanding at certain stages. Then, Dominique Philippe's understanding of the common good is presented. Finally, the compatibility of the philosopher's position on a liberal democracy is examined.

Keywords: common good, liberal democracy, pluralism, Dominique Philippe, State.

16

Bem comum e democracia liberal: uma análise da compatibilidade em torno da teoria de Dominique Philippe

Resumo: O conflito entre o bem comum e a democracia liberal pode ou não existir dependendo do significado atribuído a esses conceitos. Historicamente, a realização do bem comum tem sido uma questão de interesse para pensadores políticos. Além disso, esse termo foi incluído nos ordenamentos jurídicos dos estados com tendência liberal-democrática. Este ensaio, portanto, harmoniza esses conceitos e explica como eles podem ser compatíveis, com ênfase na teoria do bem comum de Dominique Philippe. Primeiro, há uma reconstrução teórica do pensamento liberal-democrático. Em seguida, é feito um relato histórico do bem comum, identificando as principais posições filosóficas que influenciaram sua compreensão em determinadas etapas. Em seguida, é apresentada a compreensão de Dominique Philippe sobre o bem comum. Por fim, examina-se a compatibilidade da posição do filósofo com uma democracia liberal.

Palavras-chave: bem comum, democracia liberal, pluralismo, Dominique Philippe, Estado.

1. Introducción

El presente ensayo ofrece una reflexión acerca del bien común y su relación con una sociedad construida sobre valores democrático-liberales. El problema reside en que, entre distintas posturas teóricas, no existe acuerdo sobre el significado de “bien común”. De este modo, la compatibilidad o incompatibilidad de éste respecto de una democracia liberal dependerá del sentido en el que se lo comprenda. El objetivo de este trabajo consiste en ofrecer un repaso general sobre el pensamiento democrático liberal y distintas nociones de bien común. Posteriormente, se expone el pensamiento de Dominique Philippe¹, a fin de demostrar que su teoría del bien común es compatible con una democracia liberal.

Respecto de la relevancia de este estudio, primero, hay que notar que la idea de bien común está presente en distintos ordenamientos jurídicos de diseño democrático en Latinoamérica (por ejemplo, la Constitución de Chile, art.1; Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 87; Constitución Política del estado de Bolivia, arts. 385 y 270; Constitución Política de Colombia, arts. 133 y 333; Constitución de Perú, art. 70)², ya sea porque sus constituciones la incorporan o porque la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 32 numeral 2, señala que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, artículo 32) . ¿Qué pueden significar las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática? Nos encontramos aquí con el fenómeno de la vaguedad y ambigüedad de los textos normativos (Hart, 1957) . Para reducir la indeterminación subsecuente, se analizará la compatibilidad de los diferentes conceptos de bien común, poniéndolos a prueba, con la noción de democracia liberal³. En este trabajo, como se dijo, la referencia principal será el filósofo Dominique Philippe. En segundo lugar, por motivos teóricos, es importante ir tras una reconstrucción genealógica de la expresión “bien común”, investigando sus raíces filosóficas, para dar un fundamento a su interpretación. Sobra decir que el estudio del derecho siempre requiere un aspecto teórico que sirva de base tanto para la construcción de doctrina como de jurisprudencia. En tercer lugar, por razones político-sociales, si es mirado desde cierta perspectiva, el concepto de bien común podría servir como un criterio orientativo para abordar algunos de los problemas recurrentes que deterioran tanto las libertades personales como al sistema democrático.

Este trabajo se sitúa en el estudio de la *teoría de la justicia*, de acuerdo con el planteamiento de Norberto Bobbio. El jurista italiano explicó, en *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*: “la filosofía del derecho que he cultivado, y a la que he dedicado preferiblemente mis cursos universitarios, se compone de tres partes que llamamos respectivamente: a) Teoría del derecho; b) teoría de la justicia, c) teoría de la ciencia jurídica” (Bobbio, 2015, p. 56). De

1 Dominique Philippe (1912-2006) fue doctor en filosofía y profesor de la Universidad de Friburgo (Suiza). Fue autor de 35 libros traducidos en varios idiomas y publicó centenas de artículos filosóficos.

2 La Constitución uruguaya -art. 7- utiliza el término interés general, y no alude al bien común. Sin embargo, siendo la aplicación del derecho en gran medida un problema de interpretación, el significado atribuible a la expresión “interés general” podría ser la misma que en esta investigación se refiere al “bien común”; esto, sin perjuicio de las diferencias semánticas que puedan surgir desde un punto de vista teórico.

3 No ignoramos que la definición misma de una democracia liberal está, también, sujeta a múltiples interpretaciones. Sin embargo, en este trabajo, por motivos metodológicos, suponemos la “corrección” de las premisas generales con las que caracterizamos más adelante el concepto de democracia liberal o de Estado liberal-democrático (tomando como base, principalmente, el aporte de la escuela analítica genovesa del derecho).

este modo queda trazado el objeto del estudio de la filosofía del derecho. Servirse de la clasificación bobbian para enmarcar el presente texto confiere al lector una clave para comprender mejor el tema de este trabajo. Específicamente, dice Bobbio (2015, p. 57): “me parece siempre iluminador considerar a la teoría de la justicia como estudio material del derecho y a la teoría del derecho como estudio formal.”

Con respecto a la metodología, en este trabajo se emplean diversos modelos para abordar el tema y proponer una respuesta al problema de investigación. En la primera parte del ensayo se realiza una exposición histórica de la noción de bien común. Posteriormente, se recurre a una exposición teórica de los conceptos de democracia y bien común. Finalmente, se procede a tratar el problema planteado: la compatibilidad del pensamiento de Dominique Philippe sobre el bien común respecto de una democracia liberal.

Decía Maldonado (2019, p.18) que la “libertad e igualdad [...] no están necesariamente disociadas o en conflicto; al contrario, esto depende, llanamente hablando, de las respuestas a las preguntas ‘¿qué libertad?’ y ‘¿qué igualdad?’”. De forma análoga, la noción del bien común no necesariamente es incompatible con una democracia liberal que favorece el pluralismo; todo dependerá de lo que se entienda por bien común y por democracia liberal. El conflicto podría existir o no dependiendo de los significados que se atribuyan a dichos conceptos. El asunto no es baladí, pues existen posiciones que, de entrada, postulan nociones de bien común incompatibles con las libertades fundamentales, el pluralismo o la democracia, según se verá en el momento oportuno.

Este ensayo empieza con una breve reconstrucción histórica y teórica del pensamiento liberal-democrático (sección 2). Luego, se exponen, en orden cronológico, diferentes nociones sobre el bien común, y se las clasifica de acuerdo con la corriente de pensamiento que representan, analizando de modo general su compatibilidad con la democracia liberal (sección 3). Después, se expone la noción de bien común según el pensamiento de Dominique Philippe (sección 4). Posteriormente, se responde a la pregunta de investigación: ¿es el concepto de bien común, planteado por Philippe, compatible con una democracia liberal? (sección 5). Por último, se sintetiza lo estudiado y se ofrecen las conclusiones de la investigación (sección 6).

2. El pensamiento democrático-liberal

Corresponde ahora aproximarse al pensamiento democrático liberal a través de un estudio histórico-reconstructivo del problema, ante todo, a través del punto de vista de la historia de las ideas.

2.1. Antecedentes históricos

El *Instrumentum Pacis Monasteriense* y el *Instrumentum Pacis Osnabrugense* son los tratados en los cuales reside el “certificado de nacimiento del moderno Estado nacional soberano, base del Estado democrático del derecho actual” (Toscano, 2006, p.1). En efecto, estos marcaron el fin de la Guerra de los Treinta Años, y son el resultado de la llamada Paz de Westfalia (24 de octubre de 1648). Los dos signos distintivos de estos instrumentos

fueron, conforme dice Toscano (2006, p.14), por un lado, “la consolidación de la libertad de culto (asociada a la secularización del Estado) y, [por el otro,] la afirmación formal de la soberanía estatal.”

Precisamente, la Paz de Westfalia consolidó la soberanía estatal junto a una primera forma de la libertad de culto. Esto es importante ante todo porque, como dice Maldonado (2020, p.9): “[l]a base de la concepción moderna del constitucionalismo puede hacerse descansar, en este sentido, en la forma laica del Estado”, pues “es esta y no otra aquella que permite la puesta en marcha de las ideas liberales en los Estados modernos, en la medida en que presupone la libertad de conciencia.”

Poco más de un siglo después, la Revolución americana y la Revolución francesa jugaron un rol trascendental para instaurar un constitucionalismo moderno, cimiento institucional de la democracia liberal (Horst, 2005, p.3). De hecho, en la *Virginia Declaration of Rights* de 1776, los americanos acogieron la idea de soberanía popular, la noción de gobierno representativo, de principios universales, la existencia de derechos fundamentales que servían como “base y fundamento del gobierno”, conforme indicaba Horst (2005, p.7), la Constitución como norma suprema, el gobierno limitado, la separación de poderes, y otros aspectos que aún hoy se conservan.

Poco más tarde, en Francia, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* planteó una idea fundamental para el derecho moderno: “[u]na sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución” (artículo 16). A partir de entonces –atendiendo a un criterio axiológico–, la Constitución sería la norma que en un Estado liberal “instituye y limita aquel supremo poder político” (Barberis, 2008, p. 126) y garantiza la vigencia de los derechos del individuo. De hecho, una democracia liberal es democracia en tanto que se distribuye el poder y es liberal en tanto que se limita el poder para proteger los derechos (Maldonado, 2019, p. 39).

2.2. Aspectos teóricos

2.1.1. Libertad y poder

El Estado democrático tiene como fundamento ideológico la *igual libertad* de las personas, estando el gobierno limitado principalmente a causa de los derechos de los individuos (Maldonado, 2019, p. 32). Bobbio señala que “[h]ay una acepción de libertad, y es la acepción preponderante en la tradición liberal, de acuerdo con la cual ‘libertad’ y ‘poder’ son dos términos antitéticos que denotan dos realidades contrastantes entre ellas” (Bobbio, 1993, p. 21). Según esta línea de pensamiento, en una relación, cuando el poder de imperar (mandar o prohibir) de una persona aumenta, la libertad de otra disminuye⁴.

Por tal motivo, el liberalismo es partidario de un gobierno limitado, respetuoso de los derechos individuales. Es más, la definición de libertad en la doctrina liberal de Bobbio (1993, p.23) se entiende ante todo como libertad frente al Estado. Esta postura se debe

4 Vale la pena señalar que una postura que considera, *a priori*, que el poder es siempre una limitación a la libertad de otro podría ignorar que, en realidad, es posible que exista una autoridad o un superior que coopere con un individuo para ayudarlo a alcanzar alguna finalidad personal. Se considera que es importante mantener la distinción entre los conceptos: poder, autoridad y paternalismo. Bien diferenciadas estas nociones, podría afirmarse que en situaciones en donde el poder se pone al servicio de otro o de la comunidad, este sería motivo de incremento de libertad y no de alienación.

también a la concepción de que el individuo, es soberano sobre sí mismo: “sobre su mente y sobre su cuerpo, el individuo es soberano”, decía John S. Mill (1997, p.95). Por estas consideraciones, “[e]l estado de derecho liberal, por ende, asume la existencia de ciertos ‘derechos inviolables’. El poder jurídico se convierte en un poder limitado en sus poderes y distribuido en sus funciones” (Maldonado, 2019, p. 39).

2.1.2. Libertad y democracia

La doctrina liberal preparó el camino para la llegada de la democracia moderna. Como indica Maldonado (2019), ésta reivindica las libertades democráticas (derechos políticos), justamente en la medida en que estas servirían como garantía de la vigencia de las libertades liberales (derechos de libertad), porque si la persona es libre, entonces tiene derecho a participar en la vida política.

El pueblo soberano es entendido como el conjunto de los ciudadanos libres y con iguales derechos de participar en la vida política. En la democracia existe una “asamblea de representantes elegidos periódicamente por el pueblo, y responsables por tanto frente a los electores” (Bobbio, 1988, p. 17). En ella, las decisiones se toman mediante la regla de mayoría, aunque se espera que estas decisiones –en la teoría al menos– no vayan en contra de los derechos que hacen posible al sistema: los derechos de libertad (atados a las libertades liberales) y los derechos políticos (vinculados a las libertades democráticas). Por ello, “el procedimiento democrático sin la garantía de las libertades liberales (expresión, reunión, etc.) [sería] simplemente ficticio, no real” (Maldonado, 2020, p. 17).

2.1.3. Democracia liberal y elogio de la variedad

Para continuar el planteamiento, hace falta mencionar la importancia que esta tradición concede al pluralismo y a la variedad. El liberalismo estima que la pluralidad de opiniones y fines personales es un aspecto positivo para la sociedad. Para Bobbio, “[a]l lado de los temas de libertad individual como objetivo único del Estado y del Estado como medio y no como fin en sí mismo [...] [existe] otro motivo de gran interés para la reconstrucción de la doctrina liberal: el elogio de la variedad” (1993, p. 27). Hay, según su postura, una contraposición entre la variedad individual y la uniformidad del Estado, y mal haría este en ahogar la primera por resguardar la segunda, pues la pluralidad de opiniones e intereses podría llevar al progreso mediante el debate de ideas para buscar la verdad, la competencia económica para conseguir un mayor bienestar social, y una competencia política para la elección de los mejores gobernantes (Bobbio, 1993, p. 29). La tolerancia sería un requisito fundamental para mantener viva la diversidad y la fecundidad que le está aparejada. En la misma obra, Bobbio cita, entre otros, a Humboldt: “lo que el hombre persigue y debe perseguir, es la variedad y la actividad” (p. 27). En estas palabras se puede hallar de modo claro lo que Bobbio denomina *fecundidad del antagonismo*.

2.1.4. Democracia liberal y tolerancia

Queda por desarrollar la cuestión del grado de “variedad” que un sistema liberal democrático resiste. ¿Acaso es compatible con todo tipo de postura ideológica? De acuerdo con Riccardo Guastini, en una democracia liberal

se [podría] tolerar algunas éticas normativas diferentes de la propia, sin que por ello se toleren todas. Es el caso, por ejemplo, de una ética liberal no suicida, que excluya de su objeto de tolerancia a las éticas intolerantes (de una política democrática que excluya de su objeto de tolerancia a los partidos fascistas, etc.) (Maldonado, 2019, pp. 33,34).

El principio de tolerancia es uno de los pilares del sistema democrático-liberal. Aquel, dice Maldonado, proviene de la noción de la persona como alguien libre, y del conjunto de individuos como seres que poseen una igual libertad. En este sentido, algunos –como Kelsen– señalan que la democracia liberal se asienta en el relativismo de los valores. Por ejemplo, Maldonado (2019, p. 32) indica: “[S]i ningún principio o valor (y, en consecuencia, ningún sistema moral) es *per se* superior, la única forma de sostener un determinado sistema –asumiendo siempre esta premisa– es concebir a los diferentes sistemas morales en paridad”. El único requisito para dicho tratamiento sería que dichos sistemas morales no se colapsen recíprocamente.

Será, pues, particularmente importante tener en cuenta el principio de tolerancia al momento de analizar si la propuesta sobre el bien común que se ofrecerá en este texto será o no compatible con una sociedad pluralista (entiéndase la expresión “sociedad pluralista” como una consecuencia de los valores democrático-liberales).

3. Preámbulo sobre el bien común

Han existido, históricamente, distintas maneras de concebir la idea de bien común, lo cual varía, naturalmente, según el autor que se examine. Con el fin de facilitar la lectura y la revisión de las posturas más relevantes, se expondrá el pensamiento de los autores según un orden cronológico (desde los antiguos hasta los contemporáneos) y axiológico (separando entre idealistas y realistas, y entre organicistas e individualistas).

3.1. Antecedentes históricos

3.1.1. Los antiguos: idealismo y realismo

Se empieza por la revisión de los clásicos, con Platón y Aristóteles como principales exponentes. Por el lado del idealismo, la filosofía platónica gira en torno a la premisa de la existencia de dos órdenes o niveles distintos: el mundo inmutable de las ideas (del cual no se tiene experiencia sensorial) y el mundo sensible (la realidad percibida por los sentidos) (Martínez, 2017). El discípulo de Sócrates tenía una particular preocupación por el “Bien en sí” –un bien ideal– y sus exigencias. Por ello, “el Rey, un contemplativo del Bien en sí, deberá legislar a la luz de esta exigencia para realizar y mantener un orden de justicia [...]” (Philippe, 2008, p. 12). Estas consideraciones permiten entender con mayor claridad su postura relativa al bien común:

El auténtico arte político no debe preocuparse del bien privado, sino del bien común, pues el bien común estrecha los vínculos ciudadanos, mientras que el bien privado los disuelve, y tanto el bien particular como el bien común salen ganando si este segundo está sólidamente garantizado con preferencia al otro. (Platón, 1972, p.875)

Desde una aproximación que se puede denominar realista, Aristóteles, discípulo de Platón, llegó a conclusiones distintas. En su *Ética a Nicómaco*, el filósofo señala que mientras que, para Platón, la finalidad ética es el “Bien en sí”, para él lo es el bien real (Aristóteles, 349 A.C./1998), del que se puede tener experiencia en el mundo por la inmediación de los sentidos. Al abandonar la concepción de su maestro, Aristóteles señala que el bien común se relaciona con las condiciones colectivas de la felicidad (p. 15-16), aunque esta tiene un carácter eminentemente personal.

3.1.2. Los medievales: preponderancia del organicismo

Llegado el medievo, para elaborar su teología, Tomás de Aquino se apoyó en las bases filosóficas proporcionadas por Aristóteles. Esto significa que la suya fue una postura realista, en la medida en que Aquino incorporó en su obra el pensamiento aristotélico.

Fioravanti señala que el pensamiento del Aquinate está ligado también a la metáfora organicista según la cual la comunidad política es un organismo (un todo) compuesto de distintos miembros (las partes) que serían los individuos. Se mira “al conjunto de relaciones existentes de hecho en la comunidad política en toda su amplitud, y ya no sólo desde el punto de vista del príncipe, de sus prerrogativas, de sus deberes” (Fioravanti, 2011, p. 46). Bajo esta postura, comenta Fioravanti, el todo es más importante que las partes, y la trascendencia del príncipe reside en que este existe en función de la comunidad política.

Cuando el Aquinate habla del bien común, se refiere al bien de la comunidad política según la visión organicista. De hecho, él dice, “es evidente que todos los que integran alguna comunidad se relacionan con [esta], del mismo modo que las partes con el todo; y como la parte, en cuanto tal, es del todo, de ahí se sigue también que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo” (Aquino, 1989, II-II, q. 58, a. 6).

También cabe mencionar que, para Aquino, existe una relación estrechísima entre el concepto de “ley positiva” y bien común. La ley positiva tendría que ser una orden racional orientada al bien común y promulgada por quien tiene a su haber el cuidado de la comunidad (Aquino, 1989, I-II, q. 90, a. 4). De acuerdo con su visión, la función de la legislación es la de orientar hacia el bien común. No obstante, cabe mencionar que cuando Tomás habla del bien común, en ocasiones lo hace de forma filosófica, en referencia a aquel de la comunidad política, y en otras, en modo teológico, refiriéndose a Dios como el bien común de los seres humanos.

Dicho esto, vale señalar que en la *Summa Theologiae* escribió: “No es recta la [voluntad] de quien quiere un bien particular si no lo refiere al bien común como a un fin” (I-II, q. 19, a. 10). Sin embargo, en el contexto en el que lo escribió, Aquino no habla del bien común de la comunidad (en lenguaje filosófico), sino que se refiere al bien divino; esto es, a Dios y al respeto de sus leyes (en términos teológicos). Por ello, su postura no ha de entenderse como una sumisión del “individuo, sus derechos, deberes y aspiraciones, en un colectivo de corte hegeliano, orientado hacia la aspiración de un absoluto colectivo” (Baquero, 2009), sino como una exigencia cristiana de conformar la búsqueda de un bien particular a la voluntad del Creador. Pues el mismo Aquino plantea que “el hombre no se ordena a la comunidad política con todo su ser y con todas sus cosas, [...] todo lo que el hombre es [...] ha de ser ordenado a Dios” (1989, I-II, q. 21, a. 4).

De acuerdo con su postura, el bien común no exige del individuo el desarrollo de todas las cualidades humanas, puesto que ellas exceden lo que se puede requerir de alguien en tanto que miembro de una comunidad (Aquino, 1989)⁵. Además, es importante resaltar que para Aquino:

la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios [...], sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que [...] hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes. (1989, *II-II*, q. 96, a. 2)

Ahora, volviendo al organicismo medieval, Fioravanti considera que dicha forma de entender la sociedad allanó el camino a una visión centrada en el individuo, puesto que:

será cada vez más relevante saber cómo en el plano político la comunidad representa –con el rey y junto al rey– al conjunto de poderes y de las relaciones existentes dentro de ella, cuál es el derecho que usa y qué parte tiene el rey en su producción, y en general cuáles son los derechos efectivamente asegurados [...]. (Fioravanti, 2011, p. 46)

Por último, comenta Fioravanti que es indudable el hecho de que los medievales estaban interesados en saber, cada vez más, qué normas regulan la relación entre el príncipe y las partes de la comunidad que está a su cargo (2011, p. 47).

3.1.3. El pensamiento renacentista: valoración del individuo

El paso del organicismo al individualismo se operó al finalizar la Edad Media. Así, Zagrebelsky señala que el individuo pasó a sustituir a la comunidad como el centro de atención de la teoría política, en particular debido al humanismo renacentista (Zagrebelsky, 2018, p. 79). A este respecto, el *Discurso sobre la dignidad del hombre*, escrito por Pico della Mirándola, sirve como muestra. Su autor defendía la idea de que la dignidad del ser humano reside en la capacidad de gobernarse a sí mismo, bien para volar alto como los ángeles mediante el cultivo de su inteligencia, o bien para arrastrarse como las bestias por la preeminencia de las bajas pasiones⁶. Carlos Freile (2018, p. 12) considera que las características del humanismo occidental eran la exaltación del hombre y de la naturaleza, como se ve en uno de los lemas de la época, pronunciado por Hermes Trismegisto: “¡qué gran milagro es el hombre!”.

Lo esencial es que los humanistas pusieron el acento en el individuo y su libertad, por encima de la comunidad política. Se recalca la confianza en la capacidad humana para forjar su destino, y se rechazó –dice Freile– la idea medieval de la condición miserable de la humanidad (2018). Esto influyó en la concepción del bien común por parte de los modernos, como se verá a continuación.

5 Dice Aquino: “la ley humana no legisla acerca de todos los actos de todas las virtudes, sino solamente de los que son ordenables al bien común” (Tomás de Aquino, S. (1989). *Suma Teológica* (primera edición. F. Barbado Viejo, Trad.) *II-II*, q. 96, a. 3).

6 Ahora, no podemos dejar de señalar que tal definición de dignidad humana, como capacidad de autogobierno, podría llevar a problemáticas consecuencias como la necesidad de afirmar que son menos dignos aquellos quienes, en particular, no tienen semejante autonomía (por ejemplo, los incapaces, niños y adolescentes, enfermos, personas con discapacidad, entre otros).

3.1.4. Los modernos: consolidación del individualismo y nuevos organicismos

Waheed señala que, en los albores del liberalismo, John Locke utilizó como sinónimas a las expresiones *common good* y *public good* (Maldonado, 2020)⁷, para referirse a los intereses comunes de los miembros de una comunidad política; de hecho, consideraba que tanto el poder legislativo como el militar “son para que no se dirija a ningún otro fin, sino a la paz, la seguridad y el bien público del pueblo” (Waheed, 2018). En cuanto a Rousseau, su concepción sobre el bien común se ve de forma implícita en esta afirmación: “no se puede herir a uno de los miembros sin atacar el cuerpo, y menos aún se puede herir el cuerpo sin que los miembros se vean afectados” (Waheed, 2018).

En este sentido, si bien parece existir cierta similitud respecto de la idea organicista de la sociedad, el acento de la modernidad está puesto en la parte (el individuo) y no en el todo. Aquí, plantea Zagrebelsky, la pregunta dejó de ser “¿qué puesto se me ha asignado?”, sino “¿qué puesto me asigno yo?” (Zagrebelsky, 2018, p. 80).

En Rousseau, el bien común podría ser mirado tanto desde una perspectiva individualista como organicista. Desde una interpretación individualista, el bien común equivaldría a la vigencia efectiva de la voluntad general de los ciudadanos, unidos por el contrato social. Con la salvedad de que una carga innecesaria para la sociedad no debería ser impuesta al individuo (Rousseau, 2020, p. 39). De acuerdo con esta, el contrato social estaría hecho para respetar el individualismo. La voluntad general y la voluntad individual podrían identificarse en el sentido de que la voluntad general no es más que la reivindicación de las voluntades individuales.

No obstante, el organicismo no terminó con el medioevo, pues la postura de Rousseau también podría interpretarse en consonancia con dicha visión. Si se considera que la voluntad general es la voluntad de cada uno, entonces, para que el individuo sea libre, éste debe forzarse a seguir la voluntad general, puesto que hacerlo es obedecerse a sí mismo. En este caso, el acento no se pone en el individuo (la parte) sino en la comunidad (el todo).

Transcurrido el tiempo, en el siglo XIX, la ideología marxista estrenó una nueva visión tendiente al organicismo, de manera más radical. Si bien, por ejemplo, en el *Manifiesto del Partido Comunista* no aparece el término bien común, según el pensamiento de Marx los procesos históricos “avanza[n] hacia el comunismo, hacia la supresión cada vez mayor de la diferencia de clases”, donde “la función de dominación política, que define al Estado como tal, tiende a desaparecer” (Harnecker, 1973). En esta postura existe un énfasis tan fuerte en la comunidad que el individuo (la parte) es relativizado por la humanidad (el todo)⁸.

3.1.5. Los contemporáneos: diversidad de opiniones

En tiempos actuales, el padre fundador del realismo jurídico escandinavo, Axel Hägerström, tuvo una aproximación al tema desde una postura escéptica. Para él,

7 “Común” y “público”, sin embargo, tienen raíces distintas.

8 No obstante, en una primera fase, el marxismo pone énfasis en el proletariado, que tiene un papel preponderante para la ejecución de la lucha de clases y la preparación para el cambio histórico que habría de conducir a una sociedad “perfecta”, en la que no hay Estado ni Derecho.

concebir a la(s) ley(es) fundamentales(s), en tanto que formación dentro del concepto de *bonum commune*, es ilusorio: no existe algo así como el “bien común”, y hablar del interés del pueblo es una ficción en el análisis del derecho [...] Dejando de lado la idea de un bien común, él [Hägerström] sugirió que el poder ideológico sobre el gobierno representativo, que llegó a expresarse en la concepción de Locke, se entiende mejor como una sistematización de las nociones comunes en la sociedad. (Mindus, 2020, p. 15).

Su conclusión es la siguiente: “En suma, no hay un bien común, solo hay opiniones en conflicto sobre lo que el bien público debería ser”.

De manera contrapuesta, John Rawls concibe al bien común como un conjunto de condiciones que promueven ciertas finalidades compartidas: “Por tanto, las regulaciones razonables para mantener el orden y la seguridad pública, o las medidas eficientes para la salud y la seguridad pública, promueven el interés común en este sentido” (Rawls 1999, p. 83). Junto a esta diversidad, se alzan voces como la del magisterio de la Iglesia Católica, que ha entendido el bien común como “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y fácil de la propia perfección” (Concilio Vaticano II, 1965)⁹.

Michael Walzer también se ha pronunciado al respecto, entendiendo al bien común como los intereses comunes de los miembros de la sociedad civil. Al momento de analizar el pluralismo de las sociedades, él señala que este no es ni autosuficiente ni autosustentable, sino que el aparato estatal es necesario para fijar reglas básicas para obligar a los miembros de las asociaciones civiles a pensar en un bien común que excede sus propios intereses (Walzerm 1991, p. 5).

También entre los contemporáneos se ubica el pensamiento de John Finnis, en cuya teoría presenta dos acepciones distintas del bien común. En un primer sentido, este estaría ligado a los “bienes humanos básicos” –siete, según su postura– que podrían alcanzarse o realizarse “de muchas maneras diferentes y así ser elementos del florecimiento de los individuos en muchos tipos diferentes de asociación”. Su característica principal sería la de “ser buenos para mí y para cualquier cualquiera como yo” (Finnis, 2011), y es por ello por lo que serían bienes comunes. En un segundo sentido, señala que “aseverar que una comunidad tiene un bien común es simplemente decir que la comunicación y cooperación tiene un motivo que sus miembros más o menos coinciden en entender, valorar y perseguir” (Finnis, 1993).

3.2. Compatibilidad de las teorías respecto de la democracia liberal

Este breve recorrido histórico podría resumirse en cuatro grandes posturas, que se considera que pueden ser la base de ciertas nociones del bien común: idealismo, realismo, organicismo e individualismo. A continuación, se analiza, en términos generales, la compatibilidad de estas posturas respecto de la democracia liberal.

9 Esta forma de definición del bien común pone en evidencia que el término no necesariamente tiene un corte materialista. Pues, de acuerdo con la tradición teológica y filosófica de la iglesia, las condiciones de vida social a las que se refiere el bien común son también inmateriales. Por ejemplo, la confianza y la actitud de solidaridad entre los miembros de la comunidad.

3.2.1. Posturas idealistas

Si se concibe el bien común de forma platónica o idealista, podría existir una incompatibilidad con la democracia liberal, ya que la exigencia de unidad de la ciudad es tan extrema que Platón afirma que cada uno debe estar en el sitio que le corresponde (Platón, 350 A.C./1972). El gobernante pretendería imponer su idea a los gobernados, diciendo a cada cual el rol que debe cumplir, y tratándolos como causa material para la realización de su idea. Siguiendo sus convicciones personales acerca de lo que beneficia a la comunidad política, tratando a sus miembros como si fueran meros instrumentos. De hecho, Platón insiste tanto en la unidad de la ciudad que llega a afirmar que los guardianes (funcionarios) deben tener en común los bienes, las mujeres y los niños (Platón, 350 A.C./1972).

3.2.2. Posturas realistas

El bien común, concebido de forma aristotélica, considera que este proviene del hombre y está para el hombre (Aristóteles, 349 A.C./1988). Pues bien, el bien común consistiría en la generación de condiciones que permitan a cada cual alcanzar su felicidad personal.

Sin embargo, hay un matiz. Ciertos aspectos morales del realismo aristotélico-tomista puedan, en ocasiones, estar en discordancia frente a la ética individualista, a menudo arraigada en las democracias liberales, según la cual el individuo es el único que puede, subjetivamente, valorar a los distintos bienes como mejores o peores para él.

3.2.3. Concepciones organicistas

En cambio, el realismo aristotélico considera que entre los distintos bienes hay unos más aptos que otros para dar una finalidad a la vida del ser humano. Por ello, el bien personal consistiría en la consecución de los mejores bienes, aquellos que, según esta visión, podrían dar la felicidad. No obstante, esto no la convierte en una ética intolerante, ya que esta postura considera que dichos bienes podrían alcanzarse sólo mediante una libre elección personal. Por ello, puede coexistir con una democracia liberal¹⁰.

Como se analizó, para un organicismo como el de Aquino, el bien común se encuentra al servicio de las personas, exigiendo de ellas tan solo lo necesario para evitar el daño a terceros y facilitar la convivencia social (recuérdese la cuestión 96 de la *Summa Theologiae II-II*), por ello, si se hace un ejercicio de compatibilización, se sigue que tal postura puede ser admitida bajo una democracia liberal, aunque sin duda no coincidan en todos sus postulados. Desde esta perspectiva, el individuo debería adecuar su conducta al bien común en la medida en que este sería un medio para facilitar el bien personal de los miembros de la comunidad política.

10 Se podría objetar que, de acuerdo con la tipología clásica de las formas de gobierno, Aristóteles habría sido un opositor de la democracia antigua (lo que en parte fue así). Sin embargo, para el filósofo, el problema no era un gobierno del pueblo, representativo (a lo que él llama “*políteia*”), sino la degeneración de este (a lo que llama “*democracia*”). De hecho, en su *Política*, Aristóteles muestra que además de interesarse en buscar la constitución *per se*, sino que le interesaba conocer cuál podría ser la mejor para tal pueblo, en tal contexto (Libro IV, 1). Por ello, se puede decir que a Aristóteles no siempre le pareció que la *politía* era la constitución menos deseable e incluso dedicó un capítulo entero de la *Política* a reflexionar sobre cómo preservar tal tipo de gobierno (Libro VI, 5). Además, cuando el filósofo habla de la democracia con una connotación negativa, lo hace solo aludiendo a uno de los cuatro tipos de democracia existentes en su tipología: despreciaba a la tiranía del pueblo, no a un gobierno de muchos que busca un bien común (Libro IV, 1292a, 28-30).

Mientras que, desde la versión marxista del organicismo, se puede decir que el bien común sería irreconciliable con la democracia liberal (Marx, 2000)¹¹. El motivo es que dicha visión filosófica está orientada al advenimiento de la sociedad comunista, a lo cual las partes deben acoplarse, incluso por medio de la fuerza. Como señala Walzer, el marxismo valora la democracia sólo en la medida en que permite a los partidos comunistas unir fuerzas para vencer y generar la lucha de clases (Walzer, 1991, p. 12). Una vez conseguido ese objetivo, se procedería a la eliminación de la democracia.

No obstante, ha sido el estalinismo, de raíces marxistas, el que ha llevado esta postura a consecuencias drásticas. Así, por ejemplo, ha sucedido en los totalitarismos de Europa del Este. Por ejemplo, durante la llamada “Gran Purga”, en la Unión Soviética se asesinó y persiguió políticamente a los opositores de Stalin. Muchos incluso fueron exiliados o torturados en campos de concentración soviéticos.

3.2.4. Concepción individualista

Es evidente que el individualismo es compatible con la democracia liberal. De hecho, esta se apoya en las bases filosóficas planteadas por aquel, como se explicó al revisar la noción de soberanía personal defendida por Mill, pensador utilitarista. Filosóficamente, el individualismo, al estar atado a la idea de la soberanía personal, considera que todos los fines y bienes son igualmente válidos, siempre que no causen daño a terceros. Además, esto sirve para fundamentar la valoración del pluralismo.

Para profundizar en esta corriente de pensamiento, cabe resaltar su vinculación con la ética de Epicuro que reapareció con fuerza a inicios de la modernidad, por ejemplo, con Francis Bacon en el siglo XVI¹². Esta postura, que mira la vida buena como equivalente a la vida placentera, ha influenciado al individualismo. De hecho, el liberalismo económico, con su visión del bienestar material y de la autosatisfacción, está vinculado a la visión epicúrea, que invitaba a vivir como “dioses en medio de los hombres” (Epicuro, 2013, p. 76).

Esta consideración es importante, por cuanto algunos defensores de la democracia liberal (férreos opositores del paternalismo jurídico) tienen una concepción epicúrea de la felicidad y del bien. Por ejemplo, Maniaci (2020, p. 12) señala que la felicidad no es más que la materialización de los propios deseos. Dicha posición no considera que existan planes de vida mejores que otros, o bienes “verdaderos” frente a bienes “aparentes”. Se acepta que el individuo materialice todos sus deseos a fin de ser feliz, siempre que no se cause perjuicio a otro, en virtud del principio del daño (Mustafa, 2019). En ese sentido, una visión liberal sobre el bien común consistiría en la generación de condiciones que permitan la seguridad pública y una vida social ordenada, según lo diría un liberal como Rawls (1999, p. 83), a fin de que cada cual se procure la vida que estime conveniente.

11 El marxismo es la postura antiliberal por excelencia porque trata a los derechos de libertad como libertades burguesas (no dignas de protección).

12 Para un detalle histórico, *vid.* Phillippe M.-D. (2008) *Elementos de reflexión para una filosofía ética*. (Congregación San Juan, Trad.). México: Colección Sapiencia.

4. El bien común en la teoría de Dominique Philippe

4.1. Consideraciones previas sobre los vocablos “bien” y “común”

Tras lo expuesto anteriormente, ha quedado en evidencia que el problema más importante de la noción de bien común está en la definición de “bien”. En cambio, en general, el término “común” ha hecho alusión a un grupo social, a un colectivo o al “pueblo”. Por ello, en este trabajo se considera “común” a todo lo que implica a un mínimo de dos personas.

Respecto del tratamiento dado al término “bien”, se sabe que existen diversas realidades (objetos de los que se tiene experiencia) a las que se le otorga dicha denominación, por lo cual, para Philippe, no es posible definirlo de una manera unívoca. El uso de una definición cerrada del término podría excluir de su radio ciertas realidades que para un individuo tengan la característica de ser un bien. Por tanto, él considera que es un concepto analógico: el bien es diferente según cada actividad, cada experiencia que se tiene de un bien es distinta, pero el punto común es que, más allá de la realidad de la que se trate, el bien es lo que atrae, beneficia, o algo a lo cual se tiende, como se explicará a continuación.

En este punto es pertinente acercarse a Aristóteles, tradición filosófica a la que pertenece Dominique Philippe. El filósofo griego expresó que “definieron con toda pulcritud el bien los que dijeron ser aquello a que todas las cosas aspiran”, según una traducción (1983) o “todo arte y toda investigación e, igualmente, toda actuación y libre elección parecen tender a algún bien”, de acuerdo con otra traducción (1998). Desde esta perspectiva, Philippe señala que el bien es un objeto –un referente que existe en la realidad– que hace nacer un deseo/atracción en la persona y/o le reporta un beneficio, de diversos modos y según el tipo de bien del que se trate¹³.

Siguiendo al filósofo Marie-Dominique Philippe (1999, p. 24), se presentan los siguientes ejemplos: el buen vino o un paisaje particular, el agua que alguien desea tomar cuando está sediento, ciertas recreaciones imaginarias que producen deleite¹⁴, e incluso personas que generan una atracción súbita. Por ejemplo, tanto un chocolate como una persona podrían ser un bien para un niño, y él podría regalar el chocolate a la persona que ama, mostrando en ese gesto que ambos (la persona y el chocolate) son un bien para él. Como se puede apreciar, para Philippe, el bien no es otra cosa que una realidad a la cual se tiende y/o que beneficia o atrae, en una gran variedad de modalidades, de tal forma que la cantidad de bienes existentes es quizá innumerable¹⁵.

Para aproximarse a la cuestión del bien, Philippe examina la experiencia del ser humano que trabaja. En la actividad laboral, “el *facere* [*poiesis*] (hacer) [...] El hombre hace algo, disfruta realizando una obra” (Philippe, 2008). Respecto de este punto, lo esencial es notar que en el trabajo –al igual que en el arte– se localiza un cierto bien, algo hacia lo que la persona tiende y que finalmente realiza. Por ejemplo, para un pintor, un bien sería

13 Sin embargo, para Aristóteles, lo mismo que para Philippe, es capital la noción de “bien aparente”: algo que es capaz de producir un cierto placer o deleite, pero que tiene una consecuencia nociva para el ser humano en su integridad. Por ejemplo, una comida con muy buen sabor, pero destructiva para los órganos corporales. Ver *Ética*, VIII, 2.

14 En este caso, la realidad que atrae existe en un modo “intencional”, esto es, en la interioridad del sujeto que realiza una operación imaginativa. Por ejemplo, alguien quiere descansar y para lograrlo empieza a imaginar un paisaje agradable. Esa imagen no existe más que en su imaginación, pero no por ello deja de ser un bien.

15 Entiéndase “bien” en los términos planteados en la sección y no desde el punto de vista moral.

la acuarela que está realizando y que da sentido a las acciones que realiza en el marco de este trabajo¹⁶. En este sentido, el producto es un bien que se efectúa por medio del trabajo.

4.2. El concepto de bien común en Philippe

4.2.1. El núcleo de la definición

Para Philippe, el bien personal, tiene que ver con una finalidad autónoma del individuo. En cambio, el bien común se relaciona con finalidades comunes de un grupo de individuos asociados. Según su postura, el bien común consiste en la realización, resultado o producto tanto de las personas que cooperan para efectuarlo, así como de aquellos que obtienen un beneficio de este. Por lo tanto, existirían tantos bienes comunes como comunidades constituidas a fin de realizarlos¹⁷. Por ejemplo, la comunidad política posee un bien común, lo mismo que las empresas, laborales, clubes, familias, y otros tipos de asociaciones de la sociedad civil (Philippe, 1999, p. 39).

4.2.2. Características

En el pensamiento de Phillippe se puede observar una distinción esencial para la comprensión del bien común: la diferencia entre el acto de cooperar y el acto de trabajar. En este último, el individuo puede estar solo con sus herramientas y producir; en cambio, la cooperación (no forzosa) implicaría ponerse de acuerdo, al menos sobre los aspectos esenciales para que se acepte realizar la obra común. Una de las condiciones para la consecución y duración del bien común es el respeto por las reglas de cooperación escogidas (Finnis, 2011). Además, considera que para que el bien sea efectivamente común, se requiere un mínimo de justicia¹⁸, entendida esta como una consideración respecto del otro y el respeto de sus derechos.

El bien común sería un tipo de bien del cual el individuo se beneficia, pero que para alcanzarlo requiere de cooperación. Cuando “más la obra supera el fruto del trabajo de cada uno tomado individualmente, [...] más puede considerarse un bien común” (Philippe, 1999, p. 36). Al respecto, Alasdair MacIntyre propone como ejemplo la grabación de una pieza musical con una orquesta, un bien imposible de disfrutar sino gracias a la colaboración (Alasdair, 2017). Este mismo ejemplo permite entender que el bien común alcanzado por medio de la cooperación tiene elementos de *facere* (hacer/trabajar) y de *agere* (interactuar) (Philippe, 1999, p. 365). En efecto, al ser el bien común una obra, se necesita que cada individuo coopere bajo la guía de una idea rectora y procure obtener resultados eficientes; pero, al mismo tiempo, se requiere un respeto por el rol de agente –de quien tiene iniciativa y busca un beneficio– que ostentan los demás involucrados. En el ejemplo de la orquesta, se ve bien que cuando un músico trata de

16 En este punto se considera a la actividad artística como una especie de trabajo, y se entiende al trabajo como la transformación del ser humano a una realidad con la que interactúa.

17 No es el propósito de este trabajo mencionar cuáles serían las posibles limitaciones a la búsqueda de objetivos grupales. Sin embargo, *prima facie*, se ofrece la siguiente observación: los miembros que cooperan en una comunidad de la sociedad civil son igualmente parte de una comunidad mayor, la comunidad política. El límite dado a la búsqueda de objetivos colectivos ya estaría, en parte, establecido por el ordenamiento jurídico. No obstante, hay que reconocer que en ocasiones la cooperación puede darse precisamente para cambiar derogar o reformar las normas que lo componen.

18 En este caso, Philippe utiliza la visión de Aristóteles, que concibe la justicia como una actitud de orientación hacia el bien del otro. “La justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero” (Aristóteles. (1998). V, 1, 1130 a. 5-7, 241). Para Aristóteles, la dinámica de la justicia implica una diversidad: lo justo legal y lo justo igual (justicia interpersonal en los intercambios o en la distribución).

minimizar el rol del otro, la pieza resulta perjudicada, al igual que los demás músicos que vieron su trabajo frustrado.

Philippe (1999) lo explica, *grosso modo*, de la siguiente manera: la experiencia de la cooperación es análoga a la del trabajo en tanto que se pretende hacer una obra o producto cuya realización moviliza a los que cooperan. En términos estructurales, de acuerdo con la teoría de juegos, se puede decir que esta experiencia es, en cierto sentido, análoga a un juego cooperativo “en donde la obtención de un objetivo depende de la conformación de alianzas y coaliciones de jugadores que colaboran entre sí para que dicho objetivo sea realizado” (Maldonado, 2019, p. 8). Philippe (1999) señala que “es esta obra común la que determina el compromiso mutuo [de quienes la realizan]”.

Por otra parte, Philippe (1999, p.36) estima que la cooperación que busca un bien común no sólo tiene un aspecto de eficacia (de mera productividad) ya que –para ser una experiencia más cualitativa y beneficiosa para la mayoría de los involucrados– exige un respeto y atención¹⁹ a la personalidad y originalidad del otro. La cooperación podrá ser más adecuada cuando exista un mínimo de lucidez recíproca sobre las capacidades y debilidades de los involucrados.

A fin de que la cooperación se mantenga en el tiempo, Philippe considera que esta debe significar un bien auténtico para los involucrados y, al igual que Waheed (2018) y Finnis (1993, p.49), señala que los miembros de la comunidad deben estar conscientes de ello y valorarlo (Philippe, 1999, p. 37). De otro modo, la cooperación no podría perdurar ni el bien común sería alcanzado. Philippe indica que es un fruto del esfuerzo de los que cooperan, y se reparte entre ellos para su provecho. Un auténtico bien común lo es para la mayoría de los involucrados y debería provenir de la aportación de todos (o al menos de muchos).

Como última característica, es importante mencionar la postura de Philippe respecto de la posibilidad de imponer la cooperación en nombre del bien común. Sobre este punto hay que considerar que en el análisis de Philippe existen comunidades anteriores a la persona y otras que emanan de ella. Por ejemplo, una determinada familia o sociedad son generalmente comunidades a las que el individuo llega en un momento histórico determinado, sin haber participado en su construcción. En este primer caso, el bien común se impone en la medida en que el derecho positivo, en su visión, tiene la finalidad de orientar al bien común (al igual que en el pensamiento tomista) y de coadyuvar a la generación de condiciones que permitan al individuo alcanzar sus fines personales (conforme a la filosofía aristotélica). Se trata, entonces, de una posición normativa, no descriptiva.

Sin embargo, Philippe reconoce que así mismo hay comunidades que provienen del ser humano en el ejercicio de su libertad de asociación. En este segundo caso, se considera que la teoría de Philippe no contempla la posibilidad de imponer a alguien ejercer el derecho de asociación (no obliga a cooperar). Pues, en el evento de que alguien estuviera forzado a hacerlo faltaría el acuerdo mutuo que Philippe considera esencial para considerar que el bien de los que cooperan sea común, y no una mera explotación del más fuerte al más débil.

19 *Attentiveness*, el término en inglés parece expresar mejor la idea. Además, es interesante señalar que uno de los componentes del bien común dentro de la teoría de Finnis es el reconocimiento de los derechos del otro, conforme dice Finnis (1999, p.8) “*respect for others and their rights, for each other member and all their rights*”.

4.2.3. Bien común y legislación

En el pensamiento de Philippe, la legislación debería orientar a los individuos hacia el bien común de los miembros de la sociedad, entendiendo el bien común de manera aristotélica, como las condiciones colectivas para su felicidad personal:

Comprendamos bien la significación de las palabras: cuando se habla de una finalidad personal, individual, se habla de algo que rebasa al bien común. Si quiero que todo el mundo tenga la misma finalidad que yo, que mi finalidad personal, yo llego a ser intolerante... e intolerable. Pues, la finalidad personal del otro es su vocación. Mi propia vocación, que es mi finalidad, es precisamente personal, individual: no la puedo imponer a los demás. Si la impongo a los demás, llego a ser un tirano -pues tal es la definición del tirano: el tirano es quien impone a los demás, es decir, al bien común, [le impone] su absoluto personal, e, imponiéndolo, tiraniza a los demás; por ese hecho mismo, él suprime el bien común. Por tanto, él va directamente contra aquello que debería guardar. El bien común, es el bien que no es el bien personal e individual, es el bien que es para todos. Y salvaguardar el bien común, es aceptar que haya a nuestro lado, ciudadanos que no tienen la misma finalidad que nosotros, porque tienen una finalidad personal. He ahí, creo yo, el aspecto más capital para nosotros cuando se trata de entender bien lo que representa una ley que salvaguarda la búsqueda de un bien común. Ustedes no tienen ley con respecto a su finalidad personal (Philippe, 2001).

Vemos pues que, para Philippe, el bien común debe estar garantizado por el derecho, precisamente en tanto que este hace posible la realización de la finalidad personal de cada ciudadano.

4.2.4. Estatus del bien común

Como última consideración, señálese que para Philippe (1999) el bien común es una finalidad²⁰ con un estatus muy particular porque tiene dos aspectos: la búsqueda de la realización de una obra, y la presencia de personas con las que se interactúa al cooperar. Cuando se produce una obra esta tiene el carácter de “fin-efecto”, es decir, un fin que es efecto de la actividad de quien trabaja (resultado que se quiere lograr, llevado a cabo por distintos medios). Por otro lado, es la filosofía moral la que estudia el elemento personal subyacente a la noción de bien común. Puesto que ella se ocupa de examinar la experiencia de la amistad, en el análisis ético según Philippe (1999) se puede decir que la persona aparece como un “fin-cause”: el amigo a quien se busca amar es por quien se actúa y quien da un orden a la actividad. En este caso, no se procura que la realidad (el amigo) se adecúe a la idea tiránicamente, sino que el otro sea respetado en su propia persona y en sus derechos.

Sin embargo, tras analizar la experiencia de la cooperación es posible decir que el bien común es un “efecto-fin”. Hay efectivamente un aspecto de eficacia y de realización de un resultado (de ahí que sea un “efecto”); no obstante, es una obra que se realiza con otras

20 En la filosofía de Philippe, la finalidad se refiere a un bien “capaz de servir como principio que polarice a toda una serie de otros bienes secundarios, a los que relativiza y ordena”. Dicho de otro modo, una finalidad es “un principio de orden respecto de una serie de otros bienes, [...] ordena a los que posteriormente se convierten en bienes secundarios, y les da un significado” (Philippe, M.-D. (1999) *Retracing Reality: a philosophical itinerary*, 27). Entiéndase principio como lo primero en un orden, lo que es causa de un orden.

personas que requieren un respeto a sus derechos para que el bien que se busca realizar sea efectivamente común (de ahí que sea un “fin”). De modo que, aquí se propone una visión sobre el bien común que no se reduce a un punto de vista de trabajo ni se interesa exclusivamente en la obra realizada.

En la cooperación hay una búsqueda de eficacia, sí, pero también un aspecto interpersonal, lo cual exige una atención especial, puesto que cooperar con personas no es lo mismo que trabajar con instrumentos para transformar una materia. De hecho, si se analiza la cooperación al igual que la transformación de la materia por un arte o trabajo, entonces se llegará a considerar a los demás como herramientas, y a los individuos como una causa material para lograr un ideal político (que será en realidad el ideal de uno, el de la autoridad). Los gobernados serán como el material que hay que formatear (véase el ejemplo de Hobbes en la sección posterior), pero esto implicará olvidar que son ciudadanos, que son agentes.

Entonces, de acuerdo con la propuesta esbozada en este capítulo, se concluye que Philippe no examina el bien común sólo como una obra, considerada en el análisis del trabajo, sino que tiene en cuenta elementos de reflexión que la filosofía ética ofrece respecto de las relaciones interpersonales. Esto, por lo demás, va en la línea del respeto a las libertades y los derechos, para cuya garantía existe el Estado de acuerdo con la doctrina liberal democrática.

5. La compatibilidad del bien común (según Dominique Philippe) y la democracia liberal

5.1. Bien común y elogio de la variedad

La distinción entre el bien individual (que responde a la búsqueda de finalidades personales) y el bien común (relacionado a la búsqueda de finalidades comunes que requieren la participación de otros en su realización) es importante respecto del elogio a la variedad de la doctrina liberal-democrática. De hecho, una teoría de un bien común impuesta “desde arriba”, que no deje espacio para la iniciativa personal e incluso para la cooperación entre individuos, carecería de compatibilidad con una sociedad pluralista. Tal postura, además, estaría en contradicción con la lectura del bien común según el pensamiento de Dominique Philippe. De acuerdo con su visión, el bien común implica un intenso ejercicio de la inteligencia práctica²¹ para buscar la eficacia, manteniendo al mismo tiempo la cooperación entre personas.

En consecuencia, un concepto dinámico de bien común como el suyo motivaría a los individuos a comprometerse más activamente en una búsqueda libre de la verdad y de sus finalidades propias. De hecho, se consideraría que el individuo es libre de buscar su propia felicidad y sus propósitos personales, así como de cooperar para lograr el bien común por el que se ha asociado o constituido una comunidad. Por ello, el bien común no estaría destinado a permanecer en una posición antagónica respecto a un Estado en el que se incentive el pluralismo, como en el caso de aquellos de tendencia democrático-liberal.

21 Esta expresión, típica de la filosofía de Philippe, alude a un uso de la inteligencia completamente ordenado a la actividad. Se razona para hacer algo. Es un uso distinto al del razonamiento especulativo.

5.2. Bien común, cooperación y libertad

Por definición, serían incompatibles con dicha tendencia todas las nociones de bien común que, bajo el pretexto de saber qué es lo bueno para todos, impidan que el individuo busque su finalidad personal y limiten la posibilidad de asociación libre para que los que cooperan puedan realizar también sus fines comunes, pero ese no es el caso en Philippe.

El aspecto cooperativo de la noción planteada de bien común no es solo compatible con una democracia liberal, sino que para ciertos autores es importante para mantener el progreso de la sociedad. En 1831, Tocqueville viajó a los Estados Unidos para estudiar la democracia de los norteamericanos y escribió sus observaciones en *La democracia en América*: en una sociedad democrática “todos los ciudadanos son independientes y faltos de poder; no tienen fuerza propia y ninguno de ellos puede exigir el concurso de sus semejantes. Así, pues, nada pueden si no aprenden a ayudarse mutuamente” (Tocqueville, 1984, p. 94).

Joaquín Migliore (2005, p. 7) señala que, para Tocqueville, era clave mantener viva la capacidad de asociación, puesto que la sociedad igualitaria tendería a engendrar el individualismo (entendido como opuesto a lo comunitario) ya que los ciudadanos “han adquirido conocimientos y bienes suficientes para bastarse a sí mismos” (Tocqueville, 1984). Mas aún, Migliore observa que cuando el individualismo no es contrarrestado por la capacidad de asociarse, este “puede llevar al totalitarismo, si el individuo, ante su impotencia, solicita que el Estado sea quien realice lo que no puede hacer por sus solas fuerzas” (Migliore, 2005).

En la misma línea, decía Tocqueville:

Un gobierno no puede por sí sólo mantener y renovar la circulación de los sentimientos y de las ideas de un gran pueblo, como tampoco dirigir todas las empresas industriales. Tan pronto como intentara salirse de la esfera política para lanzarse por la nueva vía, ejercería, aun sin saberlo, una tiranía insoportable [...] (Tocqueville, 1984, p. 97).

De la lectura de Tocqueville viene a la mente lo acontecido en Francia a causa de la *loi Le Chapelier* (1791-1864). Esta ley, que lleva el nombre del líder revolucionario Isaac Le Chapelier que introdujo el proyecto en la Asamblea, es considerada como un monumento del individualismo jurídico de la revolución liberal (Sabéran, 2014). En una época en la que el sector productivo francés estaba constituido principalmente por artesanos y talleres de producción (Institutions professionnelles, 2020), esta ley dispuso la “aniquilación de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión [...], está prohibido reestablecerlas *de facto*, bajo cualquier pretexto y en cualquier forma” (*loi Le Chapelier*, 1891, artículo 1). Básicamente se consideró como un hecho delictivo a “toda reunión compuesta de artesanos, obreros, jornaleros [...] en cualquier clase de condiciones convenida” (artículo 8). Este ejemplo histórico no sólo es contradictorio respecto de la teoría del bien común planteada por Philippe, sino que parece inconsistente respecto de los principios de la democracia liberal (sin perjuicio de que haya sido la obra de revolucionarios liberales), puesto que en el fondo era una ley que suprimió la libertad.

El pensamiento democrático-liberal contemporáneo, al igual que la filosofía de Philippe, no supone la anulación de las sociedades de las que el individuo participa. De hecho, en ambas visiones la sociedad no solamente se compone de individuos aislados, de

átomos solitarios, sino que está integrada también por diversas comunidades familiares, laborales, deportivas, religiosas, políticas y demás.

5.3. Bien común y gobierno

De acuerdo con el concepto de bien común planteado por Philippe, aquellos que cooperan son quienes determinan cuál es su bien común. Esto disiente de los partidarios de un gobierno autocrático como Hobbes (1980), para quien la monarquía supera a la democracia porque aquella proporcionaría más seguridad que esta. En su postura, el gobierno se convertía, además, en el criterio de la verdad de los dogmas, decidiendo la manera correcta de rendir culto a Dios.

De acuerdo con Bobbio (1988, p.8), la doctrina del secreto de Estado, *arcana imperii*, era defendida por Hobbes por “la falta de confianza en la capacidad del pueblo para entender cuál es el interés colectivo, el *bonum commune*, la creencia de que el vulgo persigue sus propios intereses particulares y no tiene ojos para ver las razones del estado, la ‘razón de estado’”. Decía el filósofo inglés que “son muy pocos los que en una gran asamblea de hombres entienden de estas cosas, al estar en su mayoría mal preparados, por no decir totalmente incapaces” (Hobbes, 2000, p. 183). Esta visión es propia de los partidarios de la autocracia e incompatible con la democracia y el pensamiento de Philippe.

En cambio, el aspecto cooperativo subyacente a la comprensión de Philippe sobre el bien común funciona como un punto a favor de una forma democrática de gobierno. De hecho, las disposiciones normativas creadas por los legisladores, en cuanto representantes del pueblo, llegan a convertirse en derecho vigente “mediante el sometimiento a votación de los textos propuestos para su aprobación” (Maldonado, 2019, p. 12). Para que tal cosa suceda, necesitan colaborar y encontrar apoyo de otros miembros a fin de llegar a un acuerdo acerca del texto normativo que se pretende aprobar. En la democracia los ciudadanos son (de conformidad con la doctrina de la representación) “autores” de la ley, no solamente sus destinatarios (Ratzinger, Habermas, 2006, p. 29). En este sentido, se podría considerar que la legislación está al servicio de un bien común por cuanto nace de la cooperación de los representantes del pueblo y, al menos teóricamente, se espera que esta (la legislación) promueva un bien para aquellos y sus representados, con el respeto de los derechos de sus miembros²².

Es interesante resaltar la compatibilidad del pensamiento de Philippe con el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969, art. 32), creada y ratificada precisamente por Estados democráticos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 6/86, que versa sobre la extensión del término “leyes” en el artículo 30 de la CADH, ha dicho: “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’” (Corte IDH, 1986).

22 Con relación a este punto, es interesante recordar el binomio *leges/mores* del derecho romano, analizado también por Aristóteles, para el cual la producción de leyes (*leges*) debía ser llevada a cabo en consideración de las costumbres (*mores*) y de las distintas concepciones filosóficas de los ciudadanos (*fines*). (Aristóteles. (1998). *Política*, II, 8, 1263 b (fin) - 1264 a (inicio)

Se considera que la interpretación de la Corte IDH expone de manera práctica la compatibilidad de la democracia liberal con la concepción del bien común del filósofo francés²³. Véase, por ejemplo, el siguiente comentario de la Corte en la citada Opinión Consultiva:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas. (Corte IDH, 1986).

La Corte considera que el concepto de bien común es un elemento integrante del Estado democrático, puesto que su objeto no es otro que “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad (‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ [...], Considerandos, párr. 1)”. Ahora bien, la Corte utiliza el concepto como un sinónimo de condiciones colectivas que permitan el progreso, la realización de los derechos y la búsqueda de la felicidad de la persona²⁴. Es evidente la similitud de estas consideraciones respecto de la postura de Philippe, para quien la realización de dichas condiciones sería la obra –el bien común– que el Estado tiene el deber de promover junto con los ciudadanos (quienes, tanto para el filósofo como para la democracia liberal, tienen derechos de participación).

Por otro lado, las consideraciones expuestas refuerzan la noción del gobierno de las leyes concebido como opuesto al gobierno (arbitrario) de los hombres. Históricamente, los criterios para distinguir un buen de un mal gobierno son –señala Bobbio (1985)– que este se halle al servicio del bien común y no de intereses propios, y que se ejerza de acuerdo con las leyes establecidas (modernamente se diría, democrática y no autocráticamente). De modo que, según esta visión, toda ley debería estar al servicio del bien común, cumpliendo la función de permitir la convivencia y la existencia de condiciones colectivas que permitan el ejercicio de los derechos de las personas.

6. Conclusiones

Es entonces evidente que la teoría de Dominique Philippe sobre el bien común resulta compatible con la democracia liberal. Según su pensamiento, el bien común no está reñido con el llamado “elogio de la variedad” y no impide el pluralismo (1999, p. 24). De hecho, Philippe está en contra de todo punto de vista impuesto autocráticamente sobre los ciudadanos, ya que aquello sería una intromisión en la búsqueda de su finalidad personal. Además, en su postura, el bien común implica también la libertad de asociación

23 No obstante, también salta a la vista la falta de distinción entre los conceptos de interés general y bien común, por parte de la Corte IDH.

24 Esto conlleva a otro problema: ¿cuál es la felicidad de la persona? Se considera que este es el punto de intersección entre la política y la ética. Porque si el bien común se relaciona, entre otras cosas, con las condiciones colectivas para la felicidad humana, es ineludible preguntarse acerca de cuál es dicha felicidad, ya que de otro modo no se podría determinar qué condiciones se van a construir en la sociedad. La respuesta a dicha pregunta es la búsqueda tradicional de la filosofía ética.

y cooperación, por lo que en ese sentido es respetuoso de las libertades, concediendo al individuo un rol muy participativo, como lo requiere la democracia.

Por otro lado, la propuesta de Philippe con la CADH y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, lo que nos permite apreciar con claridad que determinadas nociones del bien común pueden estar perfectamente al servicio del fortalecimiento de las instituciones democráticas. La consideración de que el bien común de un Estado es la creación de condiciones que favorezcan la efectiva vigencia y ejercicio efectivo de los derechos, incluyendo el derecho a la libre búsqueda de la felicidad personal, es compatible con la visión liberal del Estado no invasivo.

Estas consideraciones podrían resultar importantes, desde un punto de vista prescriptivo, toda vez que la propia expresión “bien común” es vaga cuando se desliga de un contexto. La postura de Philippe sobre su significado permite una interpretación del art. 30, numeral 2, de la CADH en clave democrática-liberal. Así se puede aclarar el alcance de esta disposición normativa. Sin perjuicio de que, sin un suficiente desarrollo jurisprudencial que analice las implicaciones en problemas concretos, esta pueda convertirse en una mera declaración retórica. Aunque, como se ha visto, es posible dotarla de contenido muy relevante. Además, la profundización en el concepto permite que sus elementos sirvan como una guía para el razonamiento práctico de juristas y no juristas que tengan un interés en la vigencia del bien común en Estados de tendencias democrático-liberales.

Dado que el del bien común es un concepto filosófico-jurídico, es evidente que quedan líneas de investigación pendientes. En particular, valdría la pena estudiar con más detalle el aspecto cooperativo del bien común, así como su relación con las diversas concepciones sobre la moral y la búsqueda de finalidades personales. Sin embargo, se considera que este texto ha sentado unas primeras bases para tal cometido y el desarrollo de tales investigaciones sería un interesante proyecto para el futuro.

36



Referencias bibliográficas

- Aristóteles. (1998). *Ética Nicomáquea* (primera edición. J. Pallí Bonet, Trad.) Biblioteca Clásica Gredos. https://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles__Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf (Documento original publicado 349 A.C.).
- Aristóteles. (1983). *Ética Nicomáquea*, (primera edición. P. Simón Abril, trad.) México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9731> (Documento original publicado 349 A.C.).
- Aristóteles. (1988). *Política* (primera edición. M. García Valdéz, Trad.) Biblioteca Clásica Gredos. [https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20\(Gredos\).pdf](https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf) (Documento original publicado 349 A.C.).
- Tomás de Aquino, S. (1989). *Suma Teológica* (primera edición. F. Barbado Viejo, Trad.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Baquero, J. (2009). *Ética para filósofos y juristas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. Madrid: Trotta, 2015.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1988). *Democracia y secreto*. (ed. M. Revelli). Milán: Einaudi.
- Bobbio, N. (1985). ¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?. En J. Fernandez (Eds.), *El futuro de la democracia*. (Cap. 7). México: Fondo de Cultura Económica.
- Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Art.87, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6.7 de julio de 1991 (Colombia).
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993.
- Constitución Política del Estado de Bolivia. 13 de abril de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de mayo de 1986). *Opinión Consultiva OC-6/89. La expresión "leyes" en el artículo 30 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- Concilio Ecuménico Vaticano II. (1965). *Constitución pastoral Gaudium et Spes: sobre la iglesia en el mundo actual*. Vatican.va. http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html.
- Decreto de 1791 [con fuerza de ley]. Relativo a las asambleas de trabajadores y artesanos del mismo estado y profesión. 17 de junio de 1791. Artículo 32, numeral 2.
- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. 26 de agosto de 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Dippel, H. (2005). Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. *Historia Constitucional*, núm. 6, 3.
- Epicuro. (2013). *Filosofía para la felicidad*. (primera edición. P. Haldot, C. García. E. Lledó, Trad.) Errata Naturae. <https://ecopolitica.org/carta-a-meneceo/> (Documento original publicado 300 A.C.)
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Freile C. (2018). *Historia del Humanismo Occidental*. Quito: USFQ, 2018 [Pro Manuscrito].
- Finnis, J. M. (2011) Human Rights and Common Good: Introduction. *Oxford Legal Studies Research, Paper No. 29*. 11-32. <https://ssrn.com/abstract=1850670>.
- Finnis, J. M. (1993) Liberalism and Natural Law Theory. *45 Mercer L. Rev.* 687. https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1533&context=law_faculty_scholarship.
- Finnis, J. M.(1999) What is the Common Good, and Why Does It Concern the Client's Lawyer?. *40 S. Tex. L. Rev.* 41. https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/271.

- Harnecker, M (1973). *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Hart, H.L.A. (1957) Analytical Jurisprudence in Midtwentieth century: a reply to Professor Bodenheimer. *105 U. Pa. L. Rev.* 953. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7421&context=penn_law_review
- Hobbes, T. (1980) *Leviatán*. (primera edición. C. Moya, A. Espinoza, Trad.) Madrid: Editora Nacional. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=92833>. (Publicado originalmente en 1651).
- Hobbes, T. (2000) *De Cive*. (primera edición. C. Mellizo, Trad.) Madrid: Alianza Editorial. (Publicado originalmente en 1641).
- Maldonado, M. (2019). *La Democracia a partir de Bobbio*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Maldonado, M. (2020). Por una genealogía de la Constitución. *Diritto & Questioni pubbliche*, 9.
- Maldonado, M. (2019). Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos). *USFQ Law Review*, volumen VI, 8.
- Martínez, C. (2010). *El hombre roto por los demonios de la economía*. Madrid: Editorial San Pablo.
- Marx, K. (2000) *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte* (Red de Centros Miembros de CLACSO, Trad.). Donostia: Red Vasca Roja. <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/brumaire/brum1.htm>.
- Mill, J.S. (1997). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza.
- Mindus, P. (2020). La legislación en Hägerström. *Iuris Dictio*, 25(25), 141-163. <https://doi.org/10.18272/iu.v25i25.1793>.
- Migliore, J (2005). Reflexiones en torno al concepto de sociedad civil. *Revista Valores en la Sociedad Industrial*, 7.
- Nanovic ND, Nanovic Institute for European Studies. (28 de marzo de 2017). *Keynote: Common Goods, Frequent Evils by Alasdair MacIntyre* [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=9nx0Kvb5U04&t=322s>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Platón. (1972). *Las leyes, La República*. En P. de Azcárate (Ed.), *Obras completas*. Madrid: Aguilar. (Documento publicado originalmente 370 A.C.)
- Philippe, M. D. (2008). *De la experiencia a la sabiduría* (Congregación San Juan, Trad.) México: Colección Sapiencia.
- Philippe, M. D. (1999). *Retracing Reality: a philosophical itinerary*. Londres: T&T Clark, 1999.
- Philippe, M. D. (7 de enero de 2001). Justicia cívica, bien común y finalidad personal. [Conferencia privada en Boulogne] Archivo privado, Saltillo, México.

- Ratzinger, J, Habermas, J. (2006). *The dialectics of secularization: on reason and religion*. San Francisco: Ignatius Press.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice: revised edition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tocqueville, A. (1984). *La democracia en América. TII*. Madrid: Sarpe.
- Sabéran, S. (2014). Responsabilité sociale chez Tocqueville et Le Play: Noblesse oblige. *Revue économique*, Vol. 65, No. 2.
- Rousseau, J. (2020). *El contrato social o principios de derecho político*. México D.F: ILCE.
- Filho, T. (2006). Historia y Razón del Paradigma Westfaliano. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Núm. 131.
- Waheed, H. (26 de febrero de 2018). *The Common Good*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring Edition 2018. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/common-good/>.
- Walzer, M. (1991). The idea of civil society. *Dissent* (1991), 5.
- Yaylali, M. (2019). El principio del daño: el equilibrio del progreso social en la filosofía política de John Stuart Mill. *Foro interno: anuario de teoría política*, número 19.
- Zagrebelsky, G. (2018). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

GONZALO F. IGLESIAS ROSSINI

Universidad de la República (Uruguay)

LL.M. Environmental and Energy Law. Georgetown University Law Center (Estados Unidos)

gfi2@georgetown.edu

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9264-6658>

Recibido: 30/10/2022 - Aceptado: 21/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Iglesias Rossini, Gonzalo F. (2022). Conservación del suelo y el subsuelo desde una perspectiva ambiental.

Revista de Derecho, 21 (42), 41-52. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.3>

Conservación del suelo y el subsuelo desde una perspectiva ambiental

41

Resumen: En Uruguay la conservación del suelo y el subsuelo aparecen reguladas históricamente bajo una fuerte mirada productivista. Esto ha llevado a que diversos autores se inclinaran por considerar que las normas de protección del suelo, por ejemplo, no constituyen típicas normas ambientales. Sin perjuicio de ello, existe una tendencia a que cada vez aparezcan más normas de protección del ambiente asociadas a la conservación del suelo y el subsuelo. En el presente estudio se analizarán dichas normas, incluyendo temas asociados con la Evaluación de Impacto Ambiental, el ordenamiento territorial, y los residuos.

Palabras clave: Derecho Ambiental, Suelo, Subsuelo.

Soil and subsoil conservation from an environmental perspective

Abstract: In Uruguay, soil and subsoil conservation have historically been regulated under a strong productive standpoint. This has led various authors to consider that soil protection regulations do not constitute typical environmental regulations. Notwithstanding this, there is a tendency for more and more environmental protection regulations associated with soil and subsoil conservation. In this study, these regulations will be analyzed, including issues associated with the Environmental Impact Assessment, land use planning, and waste.

Keywords: Environmental Law, Soil, Subsoil.

42

Conservação do solo e subsolo sob uma perspectiva ambiental

Resumo: No Uruguai, a conservação do solo e do subsolo historicamente foi regulamentada sob uma forte perspectiva produtivista. Isso tem levado vários autores a considerar que as normas de proteção do solo, por exemplo, não constituem normas ambientais típicas. Não obstante, há uma tendência de que cada vez mais surjam regulamentações de proteção ambiental associadas à conservação do solo e do subsolo. Neste estudo serão analisados estes regulamentos, incluindo questões associadas à Avaliação de Impacto Ambiental, ordenamento do território e resíduos.

Palavras-chave: Direito ambiental, Solo, Subsolo.

I. Introducción

En Uruguay la conservación del suelo y el subsuelo aparecen reguladas históricamente bajo una fuerte mirada productivista. Esto ha llevado a que diversos autores se inclinaran por considerar que las normas de protección del suelo, por ejemplo, no constituyen típicas normas ambientales (Mantero & Cabral, 1995, p. 265). Sin perjuicio de ello, existe una tendencia a que cada vez aparezcan más normas de protección del ambiente asociadas a la conservación del suelo y el subsuelo, incluyendo aquellas relativas a la Evaluación de Impacto Ambiental, el ordenamiento territorial y los residuos.

La protección del ambiente aparece consagrada en el artículo 47 de la Constitución de la República, el cual se ubica dentro del Capítulo II, dentro de la Sección II (Derechos, Deberes y Garantías). El inciso primero del artículo 47 de la Constitución de la República reconoce la calidad de bien jurídico al ambiente (Biasco, 1999, p. 80). Dicho artículo, luego de la reforma constitucional de 1997, dispone que: “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.”.

El artículo 1° de la Ley N° 17.283, declaró de interés general, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República – entre otros aspectos – la protección del ambiente y del suelo.

II. Conservación del suelo

El suelo es la base o el asentamiento de las diferentes relaciones humanas (Gelsi Bidart, 1994, p. 131). Es por eso que su protección se encuentra dispersa en diversas normas vinculadas con su capacidad productiva, la evaluación de impacto ambiental, el ordenamiento territorial, los residuos, etc.

En Uruguay, la principal causa de degradación del suelo es la erosión, mayoritariamente de origen hídrico y vinculada con malas prácticas agrícolas y ganaderas, lo cual trae aparejado – entre otros aspectos – la degradación y destrucción de la cobertura vegetal, reducción del contenido de carbono orgánico del suelo, su empobrecimiento químico, su empeoramiento físico y la pérdida de la biodiversidad (Plan Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible, p. 112).

Esto ha llevado a la protección de una vocación agrícola de la tierra (Gelsi Bidart, 1994, p. 236). Lo que modernamente podríamos relacionar con los servicios ecosistémicos asociados al suelo.

A. Aspectos generales

El suelo también es un factor de producción natural, indispensable para la producción (Gelsi Bidart, 1994, p. 133). El Decreto Ley N° 15.239, de 23 de diciembre de 1981, declaró de interés nacional promover y regular el uso y la conservación de los suelos y de las aguas superficiales destinadas a fines agropecuarios. Dicha norma ha sido reglamentada

por diversos decretos, entre los que se destacan el Decreto N° 333/004, de 16 de setiembre de 2004, y el Decreto N° 405/008, de 21 de agosto de 2008.

El uso de las aguas con fines agrarios se encuentra asociado al manejo de los suelos. Es por ello que dicha normativa tiene disposiciones sobre las aguas, además de la conservación del suelo. El Decreto Ley N° 15.239 establece que es deber del Estado velar por prevenir y controlar la erosión y degradación de los suelos.

De conformidad con el artículo 2, todas las personas tienen la obligación de colaborar con el Estado en la conservación, el uso y el manejo adecuado de los suelos y de las aguas. En este sentido, es importante señalar que el mismo artículo establece que los titulares de explotaciones agropecuarias, cualquiera sea su vinculación jurídica de los mismos con el inmueble que les sirve de asiento, o tenedores de tierras a cualquier título, quedan obligados a aplicar las técnicas que señale el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca para evitar la erosión y la degradación del suelo o lograr su recuperación. El Decreto N° 333/004 establece ciertos Principios Generales y Normas Técnicas Básicas.

El incumplimiento en la aplicación de las técnicas antes referidas, o la constatación de erosión o degradación del suelo, será pasible de ser sancionado por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, siendo solidariamente responsable el propietario del predio. Pero además, de conformidad con el art. 9 de la Ley N° 15.239, en las situaciones en que exista un grado de erosión o degradación severa de los suelos, deberán encararse medidas de manejo tendiente a su recuperación.

En el marco de la ley N° 15.239 y sus decretos reglamentarios, se estableció que el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, exigirá a los productores agropecuarios la presentación de un Plan de Uso y Manejo Responsable del Suelo, que tenga en cuenta los suelos del predio, las prácticas de manejo, la secuencia de cultivos y la erosión tolerable (art. 5 del Decreto N° 405/008).

De conformidad con el art. 303 de la Ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015, los planes de uso y manejo de suelos serán elaborados por ingenieros agrónomos acreditados ante el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, quienes presentarán los mismos bajo su firma. Dichos profesionales serán responsables de los datos ingresados así como del contenido de los mismos, siendo aplicables las disposiciones de los incisos tercero y cuarto del artículo 139 de la Ley N° 18.996, de 7 de noviembre de 2012.

Si bien estas normas fueron aprobadas con una finalidad productiva, también se puede decir que buscan proteger el ambiente, incluyendo el suelo como uno de sus componentes. De hecho, el Plan Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible, aprobado por Decreto N° 222/019, de 5 de agosto de 2019, tiene múltiples metas asociadas con el uso y manejo sostenible del suelo.

B. Residuos

a. Ley de Residuos

La Ley N° 19.829, de 18 de setiembre de 2019 (Ley sobre Gestión Integral de Residuos) tiene por objeto la protección del ambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, mediante la prevención y reducción de los impactos negativos de la

generación, el manejo y todas las etapas de gestión de los residuos y el reconocimiento de sus posibilidades de generar valor y empleo de calidad.

El art. 5 establece los tipos de residuos. En lo que refiere al suelo, es importante señalar que el lit. F) del art. 5 define al suelo contaminado, como: “aquel cuyas características han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso, debiendo la reglamentación establecer los criterios y estándares de concentración a partir de los cuales se consideran con riesgo inaceptable para la salud humana y el ambiente.”. Uruguay presente un claro desafío sobre la regulación de los suelos contaminados.

El Plan Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible, aprobado por Decreto N° 222/019, de 5 de agosto de 2019, busca conservar el suelo, entre otros aspectos del ambiente. En este sentido, se establece que: “(...) el desafío no es sólo proteger los suelos, sino también consolidar los procesos tendientes a recuperar la funcionalidad y aptitud de uso de los sitios contaminados. Esta meta se asocia a los Objetivos de Desarrollo Sostenible al 2030, en los que el uso del suelo aparece transversalmente en los 17 objetivos.”.

b. Contaminación por plomo

La Ley N° 17.775, de 20 de mayo de 2004, declaró de interés general la regulación que permita controlar, en una forma integral, la contaminación por plomo. Esta temática tiene una fuerte vinculación con la conservación del suelo.

Tal es así que la Ley N° 17.775 contiene un capítulo referido a los suelos (Capítulo V). El art. 14 prohíbe arrojar o depositar cualquier tipo de residuos que contengan plomo, por encima de los valores límites que fije la reglamentación, en terrenos o predios públicos o privados sin la correspondiente autorización que habilite para ello.

45

C. Normativa sobre plaguicidas

Los plaguicidas son sustancias químicas que buscan regular las plagas. Dada nuestra tradición agropecuaria, desde larga data nuestro país cuenta con normas sobre el manejo de los mismos.

A vía de ejemplo, el artículo 137 de la Ley N° 13.640, de 26 de diciembre de 1967, da cometidos al MGAP en lo que refiere al controlar de las condiciones técnicas que deberán reunir los equipos que se utilicen en la aplicación de los productos de uso agrícola, incluyendo la época, forma y condiciones de su utilización.

Asimismo, debemos resaltar el Decreto N° 149/977, de 15 de marzo de 1977, que dispone que los fabricantes, formuladores, importadores o distribuidores de ciertos plaguicidas agrícolas, no podrán venderlos, sin antes registrarlos y obtener la autorización de venta del MGAP. Todo ello busca permitir el manejo y uso seguro de dichos productos.

Estas disposiciones aparecen complementadas por diversas resoluciones del MGAP. Por su trascendencia destaco la Resolución del 14 de mayo de 2004, que prohíbe las aplicaciones aéreas de productos fitosanitarios en todo tipo de cultivo, a una distancia inferior a 500 metros de cualquier zona urbana o suburbana y centro poblado. Asimismo, prohíbe las aplicaciones terrestres mecanizadas de productos fitosanitarios en cultivos

extensivos (cereales, oleaginosos y forrajeras), a una distancia inferior de 300 metros de cualquier zona urbana o suburbana y centro poblado.

D. La Evaluación de Impacto Ambiental

En Uruguay, la Ley N° 16.466, de 19 de enero de 1994, aprobó el régimen sobre la Evaluación del Impacto Ambiental. Dicho régimen ha sido reglamentado por el Decreto N° 349/005, de 21 de setiembre de 2005 (Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales).

El art. 1° de la Ley N° 16.466 declaró de interés general y nacional la protección del medio ambiente contra cualquier tipo de depredación, destrucción o contaminación, así como la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo y, en su caso, la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas.

Según cierto sector de la doctrina, la Ley N° 16.466, al requerir la autorización para llevar a cabo ciertas actividades, construcciones u obras, también puede ser considerada como una forma de protección de los suelos (Mantero & Cabral, 1995, p. 266).

Pero además, es importante resaltar que el art. 12 del Decreto N° 349/005 regula el contenido que debe tener el Estudio de Impacto Ambiental. Una de las partes del Estudio de Impacto Ambiental constituye el estudio de las características del ambiente receptor, en la que se describirán las características del entorno, se evaluarán las afectaciones ya existentes y se identificarán las áreas sensibles o de riesgo. A dichos efectos se deberán incluir estudios sobre el medio físico, incluyendo el suelo.

46

E. El ordenamiento territorial

El ordenamiento territorial tiene varios vínculos con la conservación del suelo. Esto por cuanto la realización de determinadas actividades en determinados tipos de suelo pueden tener consecuencias sobre el mismo. Es por esto que diversos instrumentos de ordenamiento territorial aprobados en el marco de la Ley N° 18.308, de 18 de junio de 2008, contienen disposiciones específicas sobre la conservación del suelo.

Asimismo, es importante resaltar que el art. 14 de la Ley N° 18.308 establece las competencias departamentales de ordenamiento territorial; muchas de las cuales tienen relación con el suelo. A dichos efectos, se establece que los Gobiernos Departamentales tienen competencia para categorizar el suelo, así como relativas a la conservación y protección del suelo, en todo el territorio departamental mediante la elaboración, aprobación e implementación de los instrumentos establecidos por la Ley N° 18.308.

La categorización del suelo en el territorio aparece regulada por el art. 30 de la Ley N° 18.308. De conformidad con dicho artículo los Gobiernos Departamentales tienen la competencia exclusiva para categorización de suelo en el territorio del respectivo departamento, mediante los instrumentos de ordenamiento territorial de su ámbito. El suelo se podrá categorizar en: rural (art. 31), urbano (art. 32), o suburbano (art. 33).

Por poner ejemplos de instrumentos de ordenamiento territorial específicos, las Directrices Nacionales de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible aprobadas por Ley N° 19.525, de 18 de agosto de 2017, contienen varias disposiciones para conservar el suelo. A vía de ejemplo, el art. 29 establece lineamientos para el uso productivo

agropecuario, en suelo categoría rural. El literal A) incluye: “Planificar el uso del suelo y del agua con la finalidad de favorecer su sustentabilidad y la equidad en el uso de los recursos naturales, según lo establecido por el Decreto-Ley N° 15.239, de 23 de diciembre de 1981, y la Ley N° 18.564, de 11 de setiembre de 2009, y sus decretos reglamentarios.”.

III. La actividad minera y la conservación del subsuelo

a) Aspectos generales

Tal como menciona la doctrina, la conservación del subsuelo está regulado en mayor medida por el Derecho Minero (Gelsi Bidart, 1994, p. 131). En este sentido, destacamos el Código de Minería, aprobado por Decreto Ley N° 15.242, de 8 de enero de 1982. Las consecuencias que conlleva la actividad minera sobre diversos aspectos ambientales, económicos, y sociales hacen necesario contar con una especial regulación especial.

En nuestro país, la actividad minera a través del tiempo no se ha caracterizado por ser una minería de gran porte, prevaleciendo las canteras que generan materiales para la industria de la construcción. Ahora bien, la minería conlleva impactos sobre el ambiente, entre los que se encuentra la pérdida de productividad de los suelos. Asimismo, en nuestro país el tema de la contaminación del agua provocada por la actividad minera es sin lugar a dudas uno de los aspectos más debatidos en lo que respecta a las eventuales consecuencias de dicha actividad. Sobre este punto, es importante destacar que una minería intensiva puede afectar o comprometer la calidad y cantidad del agua (Martínez Marchesoni, p. 121).

La actividad minera debe ser adecuadamente llevada a cabo a los efectos de evitar afectaciones al ambiente (medio físico, su biota asociada, las comunidades, etc). Esto puede conllevar ciertos impactos asociados con las siguientes actividades: preparación del terreno, construcción y operación, arranque de material, acopio de materiales, refulado, perforación, voladura, corte de bloques, trituración, lavado, operación de la maquinaria, y transporte¹.

Por lo tanto, la solución sería apuntar a un tipo de minería sustentable. De cierta forma se podría afirmar que a esto apunta implícitamente el art. 2 del Código de Minería, el cual establece que la actividad minera tiene por finalidad la explotación racional de los recursos minerales del país.

Esto provocó que hoy en día, diversas normas que regulan la actividad minera se ocupen de proteger el ambiente aunque sea de forma parcial o indirecta. Siguiendo dicha línea, la falta de referencia a los temas ambientales por el Código de Minería se vio solucionada aunque sólo parcialmente con la reforma de la Ley N° 18.813, de 23 de setiembre de 2011.

En este sentido, son condiciones básicas para la ejecución de la actividad minera, de conformidad con la redacción actual del art. 63 del Código de Minería: (i) la caución o el aval que asegure el resarcimiento de los daños y perjuicios que deriven de las labores mineras (lit. c); y (ii) acreditar la obtención de las autorizaciones ambientales (lit. g).

1 Ver: https://www.gub.uy/ministerio-ambiente/sites/ministerio-ambiente/files/documentos/publicaciones/GU-EIA-010-00_GUIA_PARA_LA_EIA_DEL_SECTOR_EXTRACCION_DE_MINERALES_VFinal.pdf

Por su parte, la redacción actual de los arts. 93 (lit. i del num. 3) y 96 (num. 6) del Código de Minería establece que al finalizar la actividad de exploración la Dirección Nacional del Medio Ambiente (actualmente, la Dirección Nacional de Calidad y Evaluación Ambiental) corroborará la recomposición del área e informará a la Dirección Nacional de Minería y Geología dentro de un plazo de 60 días calendario, siendo dicha verificación o corroboración requisito para la liberación o devolución de la caución constituida.

Por último, destacamos que el art. 8 de la Ley N° 15.239 establece que en todos los casos de extracción de materiales para obras, una vez concluida la actividad extractiva, el ejecutor deberá proceder a reintegrar estas áreas al paisaje.

b) Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales

• Autorización Ambiental Previa

El Decreto N° 349/005, de 21 de setiembre de 2005 (Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales) establece que ciertas actividades, construcciones u obras requerirán la Autorización Ambiental Previa (“AAP”) otorgada por el Ministerio de Ambiente, sean las mismas de titularidad pública o privada. En lo que respecta a la actividad minera, los numerales 13 y 14 del art. 2° del Decreto N° 349/005 incluyen ciertas actividades que requerirán solicitar previamente dicha autorización.

En primer lugar, el numeral 13 del art. 2° incluye la extracción de minerales a cualquier título, cuando implique la apertura de minas (a cielo abierto, subterráneas o subacuáticas), la realización de nuevas perforaciones o el reinicio de la explotación de minas (a cielo abierto, subterráneas o subacuáticas) o perforaciones que hubieran sido abandonadas y cuya autorización original no hubiera estado sujeta a evaluación del impacto ambiental.

Se exceptúa la extracción de materiales de la Clase IV prevista en el artículo 7° del Código de Minería (Decreto - Ley N° 15.242, de 8 de enero de 1981), cuando se realice en álveos de dominio público, o, cuando se extraiga menos de 500 (quinientos) metros cúbicos semestrales de la faja de dominio público de rutas nacionales o departamentales, así como de canteras destinadas a obra pública bajo administración directa de organismos oficiales.

Destacamos que el Ministerio de Ambiente aprobó una “Guía para la evaluación de impacto ambiental del sector extracción de minerales”, cuyo objetivo es contribuir a la prevención de los impactos ambientales de los proyectos de extracción de minerales. La Guía alcanza a los proyectos de extracción de minerales a cualquier título, comprendidos en el numeral 13 del artículo 2° del Decreto N° 349/005².

En segundo lugar, el numeral 14 del art. 2° incluye la: “Extracción de materiales de la Clase IV prevista en el artículo 7° del Código de Minería (Decreto - Ley N° 15.242, de 8 de enero de 1981), de los álveos de dominio público del Río Uruguay, Río de la Plata, Océano Atlántico y Laguna Merín, así como la extracción en otros cursos o cuerpos de agua en zonas que hubieran sido definidas como de uso recreativo o turístico por la autoridad departamental o local que corresponda”.

2 Ver: https://www.gub.uy/ministerio-ambiente/sites/ministerio-ambiente/files/documentos/publicaciones/GU-EIA-010-00_GUIA_PARA_LA_EIA_DEL_SECTOR_EXTRACCION_DE_MINERALES_VFinal.pdf

- Autorización Ambiental de Operación

Conforme lo dispuesto por el art. 23 del Decreto N° 349/005, la operación y funcionamiento de las actividades, construcciones u obras que hubieran recibido Autorización Ambiental Previa, comprendidas en el referido artículo quedarán sujeta a la obtención de la Autorización Ambiental de Operación (“AAO”) otorgada por el Ministerio de Ambiente, y su renovación cada 3 (tres) años, salvo que se introduzcan modificaciones, reformas o ampliaciones significativas.

Dicho artículo incluye al numeral 13, por lo que la extracción de dichos minerales requiere contar con AAO. Dicha AAO será otorgada inicialmente por el Ministerio de Ambiente, una vez constatado el cumplimiento de las condiciones previstas en la AAP respectiva, el proyecto y el Estudio de Impacto Ambiental.

Las renovaciones, incluirán la revisión y actualización de los planes de gestión ambiental y las demás aprobaciones de emisiones y tratamiento de residuos de competencia de dicho Ministerio, así como el análisis ambiental de las modificaciones, reformas o ampliaciones operativas o de funcionamiento que no requieran Autorización Ambiental Previa.

c) Residuos sólidos industriales y asimilados

La gestión de los residuos de la actividad minera es uno de los aspectos a tener en cuenta para llevar a cabo una minería sustentable. En este sentido, es importante tener presente que el Decreto N° 182/013, de 20 de junio de 2013, establece la reglamentación para los residuos sólidos industriales y asimilados.

En este sentido, es importante resaltar que de conformidad con el num. 2 del art. 4 del Decreto N° 182/013, quedan comprendidas dentro del alcance del referido reglamento, los residuos sólidos generados por las explotaciones mineras, cualquiera sea su modalidad, con excepción de aquellos residuos gestionados en el mismo sitio de la explotación.

d) Actividad minera y ordenamiento territorial

El ordenamiento territorial influye en gran medida sobre la actividad minera, al punto que ciertos instrumentos de ordenamiento territorial limitan o prohíben la misma. La doctrina ha destacado el papel que juega el ordenamiento territorial en una posible solución al conflicto que puede llegar a existir entre la minería y la protección del ambiente. En este sentido, el ordenamiento territorial lograría determinar qué actividades queremos y en qué ubicación las queremos.

El art. 39 de la ley N° 18.308 establece la regulación del suelo rural, determinando que los propietarios de terrenos de suelo rural tienen derecho a realizar entre otros actos la explotación de la actividad minera.

e) Aspectos ambientales de la Ley N° 19.126 (“Ley de Minería de Gran Porte”)

i. Aspectos generales

La Ley N° 19.126, de 11 de setiembre de 2013 (“Ley de Minería de Gran Porte”) establece un régimen especial aplicable a los proyectos de explotación minera que sean calificados como Minería de Gran Porte.

Dicha ley contiene varias disposiciones sobre aspectos ambientales, a diferencia del Código de Minería, ya que al momento de aprobarse dicho Código no existía aún una conciencia ambiental. En este sentido, el art. 1 de la Ley N° 19.126 declara que la Minería de Gran Porte acreditar la obtención de las autorizaciones ambientales, conforme a la normativa vigente. Asimismo, agrega que las prácticas mineras sostenibles, además de sustentarse en los pilares clásicos de crecimiento económico, alta calidad ambiental y equidad social, deben basarse en la seguridad y en la eficiencia y eficacia en el manejo y extracción de recursos naturales no renovables y en el ordenamiento territorial.

De conformidad con el art. 5 de la Ley N° 19.126 la Minería de Gran Porte deberá guiarse por las mejores prácticas mineras internacionales incluyendo en su gestión social y ambiental mecanismos para la participación de los actores involucrados.

A los efectos de hacer efectiva la promoción del desarrollo sostenible de la Minería de Gran Porte, de modo de asegurar la equidad de derechos con las generaciones futuras, el art. 47 de la Ley N° 19.126 creó el Fondo Soberano Intergeneracional de Inversión.

ii. Autorizaciones ambientales

La Minería de Gran Porte requiere ser autorizada por el Ministerio de Ambiente. Para la autorización ambiental se requerirá en todos los casos la realización de un estudio de impacto ambiental completo (que deberá incluir impacto urbano) y de una audiencia pública. A diferencia de lo que sucede con los proyectos calificados dentro del régimen general en las categorías "A" o "B" conforme el Decreto N° 349/005 en donde la realización de una audiencia pública no es preceptiva.

En otras palabras, la Minería de Gran Porte es preceptivamente clasificada en la categoría "C" conforme el Decreto N° 349/005.

Asimismo, se aclara que el titular del proyecto deberá contratar una auditoría para evaluar el estudio de impacto ambiental, a efectos de su presentación durante la tramitación de la autorización ambiental; dicha auditoría deberá ser realizada por una empresa con capacidad y experiencia internacional probada, según propuesta aceptada previamente por el Ministerio de Ambiente.

iii. Localización

De conformidad con el art. 7 de la Ley N° 19.126, las actividades mineras de gran porte deberán localizarse en suelo categorizado rural de conformidad con la Ley N° 18.308, de 18 de junio de 2008. Es decir, este tipo de minería no podrá localizarse en suelos categorizados como urbanos o suburbanos.

iv. Plan de Cierre

El Capítulo II de la Ley N° 19.126 regula el Plan de Cierre de Minas y lo define como un instrumento de gestión ambiental (siguiendo los lineamientos del art. 7 de la Ley 17.283) y de seguridad que comprende las medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos derivados de las actividades mineras y conexas para asegurar el reacondicionamiento de las áreas donde se realizó la actividad, a los efectos de permitir el desarrollo de actividades post cierre u otros usos posteriores. De este modo, se busca evitar que la

actividad minera inutilice el área en que se desarrolla dicha actividad luego de que se produzca el cierre de la misma.

El Plan es aplicable durante las fases de instalación, operación y abandono y será presentado por el titular del proyecto – como parte integrante de los documentos del proyecto - ante el Ministerio de Industria, Energía y Minería, y el Ministerio de Ambiente (quienes además controlarán e impondrán las sanciones correspondientes) para su aprobación en el marco del procedimiento de autorización o concesión para explotar que corresponda, debiendo contener la siguiente información:

- a) Medidas de reacondicionamiento (costo, oportunidad, métodos de control y verificación para las distintas fases incluyendo los cierres parciales, cierre final y post-cierre)
- b) Medidas de compensación de los impactos ambientales negativos acordes con las conclusiones de la Evaluación de Impacto Ambiental realizada.
- c) El monto y el plan de constitución de garantías de cumplimiento exigibles.
- d) Todo otro requisito que el Poder Ejecutivo estime pertinente en atención a las mejores prácticas disponibles en esta materia.

El Plan de cierre será revisado por lo menos cada 3 años desde su última aprobación, actualizando sus valores y adecuándolo a las nuevas circunstancias o desarrollos. También será modificado cuando haya un cambio sustantivo en el proceso productivo, a instancia fundada de las autoridades, en las condiciones que establezca la reglamentación.

v. Garantía de cumplimiento

El titular del proyecto deberá constituir garantía a favor del MIEM y del Ministerio de Ambiente a efectos de asegurar el cumplimiento del proyecto, por los siguientes conceptos: a) los costos de ejecución de los compromisos asumidos en el Plan de Cierre de Minas en caso de incumplimiento; b) el fiel cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas de protección ambiental; y c) la recomposición de los daños al ambiente y otros daños y perjuicios derivados de las actividades estrictamente mineras y conexas a las mismas.

En caso de incumplimiento parcial o total de dichos conceptos, los beneficiarios, una vez probado fehacientemente que el titular del proyecto ha incurrido en la infracción, daño o incumplimiento dispuesto por acto administrativo definitivo, tendrán la posibilidad de ejecutar la garantía.

IV. Conclusiones

En lo que respecta a la protección del ambiente, como en la mayoría de las cuestiones ambientales, se deben poner en la balanza ciertos derechos que muchas veces se contraponen. Por ejemplo, en lo que respecta al tema que nos compete podemos llegar a argumentar que existe un derecho al trabajo, a la propiedad, así como un derecho a la libertad. Por otro lado, existe un derecho a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente sano.

En Uruguay la conservación del suelo y el subsuelo aparecen reguladas históricamente bajo una fuerte mirada productivista. Esto ha llevado a que diversos autores se inclinaran por considerar que las normas de protección del suelo, por ejemplo, no constituyen típicas normas ambientales.

Sin perjuicio de ello, existe una tendencia a que cada vez aparezcan más normas de protección del ambiente asociadas a la conservación del suelo y el subsuelo, incluyendo aquellas relativas a la Evaluación de Impacto Ambiental, el ordenamiento territorial y los residuos.

Cabe resaltar además las normas relativas a la Minería de Gran Porte, que por su fuerte impronta ambiental, buscan regular un tipo de minería más agresiva con el ambiente.

Referencias bibliográficas

- Casaux, G. (2013). Régimen legal en suelos. Un componente esencial de la Dimensión Ambiental. *Revista De La Facultad De Derecho*, (32), 39-55. Recuperado a partir de <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/23>
- GELSI BIDART, A. (1994). *Derecho agrario y ambiente*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Guerra, E. (2016). *Derecho Agrario, Tomo IV. La explotación agraria*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Iglesias Rossini, G. F. La protección del ambiente en la Constitución de la República. *Revista Derecho Público*, [S.l.], n. 57, p. 139 - 157, sep. 2020. ISSN 2301-0908. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/139>
- Iglesias Rossini, G. F. (2021). Aspectos jurídicos del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. *Revista Derecho Público*, n. 59, pp. 67 - 92. Disponible online en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/162>
- Mantero De San Vicente, O. & Cabral, D. (1995). *Derecho Ambiental*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Martínez Marchesoni, A. "Minería Vs. Medio Ambiente", en: Manual de apoyo a la teoría y práctica del Derecho Minero, 1ª ed., Comisión Sectorial de Educación Permanente, Universidad de la República.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

PABLO LABANDERA

Profesor Titular de Derecho del Comercio Internacional en la Universidad de Montevideo (Uruguay) y de Derecho del Comercio Exterior en la Universidad Católica del Uruguay (Uruguay).

Docente de Derecho Aduanero en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU).

Miembro Fundador de la Academia Internacional de Derecho Aduanero

plabandera@dlc.com.uy

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3169-6031>

Recibido: 30/10/2022 - Aceptado: 30/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Labandera, Pablo (2022). Instrumentos jurídicos de prevención en materia de Derecho Aduanero.

Revista de Derecho, 21 (42), 53-85. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.4>

Instrumentos jurídicos de prevención en materia de Derecho Aduanero

La “auto revisión”, la consulta vinculante, los acuerdos de pago y los Estudios de Valor y Vinculación

Resumen: La indeterminación en el Derecho es sin duda, una de sus principales características, la cual se encuentra presente sea por voluntad del legislador como técnica legislativa o como una acción involuntaria del mismo, aceptada ya por el derecho como situación inevitable y hasta cierto punto necesaria. Así, no existe rama del Derecho que no la contenga o no haya sido afectada por la vaguedad o indeterminación dada por la presencia de lagunas o conceptos jurídicos indeterminados, o – incluso – diferentes visiones jurídicas sobre un mismo tema.

El presente artículo repasa cuáles son los “instrumentos jurídicos” con que el *Derecho Aduanero* cuenta, a los efectos de prevenir dichas circunstancias indeseadas.

Palabras clave: Principio de seguridad jurídica. Principio de buena fe. Control de la arbitrariedad administrativa.

Preventive legal instruments in the field of Customs Law “Self-review”, binding consultation, payment agreements and Value and Linkage Studies

Abstract: Indetermination in Law is undoubtedly one of its main characteristics, which is present either by the will of the lawmaker as legislative technique or as his or her involuntary action, which has already been accepted by the law as an unavoidable and to a certain extent necessary situation. Therefore, there is no area of law that does not contain it or has not been affected by imprecision or indetermination due to the presence of gaps or vague legal concepts, or - even - different legal opinions on the same subject.

This article reviews the “legal instruments” that Customs Law has to prevent such undesired circumstances.

Keywords: Principle of juridical safety. Principle of good faith. Control of the administrative arbitrariness.

54

Instrumentos legais preventivos no campo do Direito Aduaneiro

“Auto-revisão”, consulta vinculativa, acordos de pagamento e Pesquisas de Valor e Vinculativas

Resumo: A indeterminação na lei é sem dúvida uma de suas principais características, que está presente ou pela vontade do legislador como técnica legislativa ou como ação involuntária do legislador, já aceita pela lei como uma situação inevitável e até certo ponto necessária. Assim, não há ramo do direito que não o contenha ou que não tenha sido afetado pela indefinição ou indeterminação devido à presença de lacunas ou conceitos legais indeterminados, ou - mesmo - visões legais diferentes sobre o mesmo assunto.

Este artigo revisa quais são os “instrumentos legais” disponíveis para o Direito Aduaneiro a fim de evitar tais circunstâncias indesejáveis.

Palavras-chave: Princípio da segurança jurídica. Princípio da boa fé. Controle da arbitrariedade administrativa.

I. A modo de introducción. La seguridad jurídica como caución del *Estado de Derecho*

Pocos "principios" y reglas de Derecho son objeto de una invocación tan reiterada como la **seguridad jurídica**. Se trata de un "**principio**", en el sentido tradicional del término, que adquiere rango constitucional por su recepción en los **artículos 72 y 332 de la Constitución Nacional**. (Brito y Delpiazzi, 2009)

Ello supone que una norma con rango de ley puede ser declarada inconstitucional por la *Suprema Corte de Justicia*, por vulnerar la **seguridad jurídica**, como así ocurre. Pero, más allá de su carácter de "**principio**" *positivizado*, la **seguridad jurídica** es también un "**valor fundamental**", arraigado en la esencia del *Estado de Derecho*.

No obstante, el gran problema de la **seguridad jurídica**, es su indefinición. Como recuerda el jurista español César García Novoa (García Novoa, 2000), parece que hay que llegar a aprehender la **seguridad jurídica** a partir de un razonamiento inductivo negativo (p. 11).

Conocemos la **seguridad** a través de las múltiples situaciones de inseguridad. Además, el concepto es sumamente transversal, de manera que la **seguridad jurídica** abarca una multiplicidad de expresiones, lo que se resume en el conocido fundamento jurídico 10º, de la sentencia del *Tribunal Constitucional de España* N° 27/1981, de 20 de julio, según el cual la seguridad jurídica es "*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad*", pero "*...si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente*" (García Novoa, 2000, pp. 20).

De esta manera la **seguridad jurídica** viene a ser un conjunto de locuciones multifuncionales que, no obstante, adquiere su verdadera dimensión en sus manifestaciones expresas.

En **sentido subjetivo**, la concreción de la **seguridad jurídica** es el "principio de confianza legítima", y en un **sentido objetivo**, la seguridad se manifiesta en la previsibilidad del ordenamiento.

Al mismo tiempo, la **seguridad jurídica** se proyecta en la acción del legislativo, exigiendo certeza en la definición de las normas, especialmente en un ordenamiento como el aduanero y el fiscal – aduanero, que crea específicas obligaciones y deberes.

Así, en un primer plano, cabe consignar que la **seguridad jurídica** se ha venido identificando con la existencia de reglas de derecho claras y precisas, que sean previstas *ex ante* a la realización por el ciudadano de los hechos previstos en las normas.

Pero también en la exigencia de "**calidad normativa**" (Ferrajoli, 2011, pp. 79 y ss.) (Galiana Saura, 2003, pp. 37 y ss.) (Marcilla, 2005, pp. 251 y ss.) (Martino, 2022) (Sainz Moreno, 1995, pp. 55-70) (Zapatero, 2009, pp. 25 y ss.).

Aunque la *Suprema Corte de Justicia* no incluye un control de la perfección técnica de las normas, lo cierto es que una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por deslucir y frustrar el valor de la Justicia.

Y en un segundo plano y, y no menos importante manifestación de la **seguridad jurídica**, ésta abarca la **seguridad en la aplicación del Derecho Aduanero**, y he aquí el núcleo central del presente trabajo.

Es una expresión de la **seguridad** que vincula a la Administración y hace referencia a que la misma debe actuar facilitando la previsibilidad de las consecuencias jurídicas con respecto a los actos de los administrados, y generando confianza en éstos.

En relación con las normas que disciplinan la aplicación de la "*legislación aduanera*"¹ por parte de la Administración, resulta importante hacer referencia a la necesidad de eliminar o mitigar la incertidumbre que conllevan las situaciones inconsistentes o de disputa.

En el mundo jurídico, la **indeterminación equivale a incertidumbre**, y por consiguiente, a **inseguridad**. Y la **seguridad jurídica** – como anticipáramos – es un "principio" inmanente a la propia esencia del *Estado de Derecho*.

Y ello porque, en aras de la **seguridad jurídica**, el administrado tiene derecho a que sus situaciones jurídicas no solo se definan de forma concluyente, y que lo sean en un plazo razonable de tiempo, esto es a la preclusión temporáneamente prudente de las situaciones jurídicas definitivas de sus deberes y obligaciones, sino también a que existan instrumentos o mecanismos de prevención, que le permitan evitar las situaciones de conflicto o pendencia jurídica. Y así ha sido reafirmado – incluso – a nivel multilateral².

En ese entendido es que surgen mecanismos como los que se examinarán a lo largo del presente trabajo.

56

II. La seguridad jurídica y el *Derecho Aduanero*

La normativa aduanera, que es dispersa, compleja y muchas veces contradictoria, ha incorporado a través del nuevo *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU)*³ y de algún Decreto o *Resolución General* de carácter interno dictada por la propia Dirección Nacional de Aduanas (DNA), mecanismos o instrumentos que permiten obtener certeza y **seguridad jurídica** respecto del actuar de los contribuyentes (Labandera, 2016, pp. 683 y ss.).

Así, en un mundo de "hipertrofia normativa", recuerdan Villar Palasí y Villar Ezcurra (1993), que: "...la aspiración a la claridad y la sistematicidad suponen ideales inalcanzables ante la realidad de unos ordenamientos jurídicos cuyo crecimiento imparable los conduce hacia la entropía que expresa la irreversibilidad del tiempo y la tendencia hacia formas y estructuras más desorganizadas" (p. 95). En igual sentido, reflexiona Echeverría Petit (2011), al sosteniendo que: "...la proliferación legislativa es una clara señal de decadencia del Derecho y del concepto de ley como garantía" (p. 1021).

1 En este sentido, cabe recordar la omnicompreensiva definición que el propio CAROU – en esa especie de "glosario" que estatuye en el artículo 2º – realiza, del concepto de "*legislación aduanera*", a la que define como "*las disposiciones legales, sus normas reglamentarias y complementarias, así como las resoluciones de carácter general dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas en ejercicio de sus competencias legales, relativas a la importación y exportación de mercadería, los destinos y las operaciones aduaneras*".

2 En tal sentido, cabe recordar que el "*Acuerdo de Facilitación de Comercio de la OMC*", internalizado por nuestro país mediante la Ley N° 19.414 de 30 de julio 2016, y oportunamente reglamentado por los Decretos N° 252/015 de 23 de septiembre de 2015 y N° 156/017 de 12 de julio de 2017, "*Acuerdo*" que recoge, entre otros, los "principios" de "*seguridad jurídica*", "*buena fe*" y "*transparencia*".

3 Ley N° 19.276 de 19 de septiembre de 2014.

Seguidamente nos proponemos examinar algunos de esos “institutos” que – como se anunciara – otorgan mayor confianza y **seguridad jurídica**.

Por otra parte, el “**principio de seguridad jurídica**” exige no sólo que los ciudadanos puedan conocer de antemano con exactitud cuáles son las consecuencias fiscales de una determinada operación con relevancia aduanera y/o tributaria, sino además, que la Administración no pueda, ulteriormente, corregir su criterio sin comunicarlo fehacientemente y – como regla – sin la posibilidad de sancionar en forma retroactiva toda vez que se discrepe con el criterio anterior.

Y en similar sentido, cabe consignar que – desde el punto de vista conceptual – junto al “**principio de seguridad jurídica**”, encontramos los “**principios**” de “**buena fe**” y de “**confianza legítima**”, que adquieren una especial relevancia como criterios para ponderar los efectos de las contestaciones a las consultas.

Como es sabido estos “principios” – que deberán respetar las Administraciones en su actuación – constituyen derivaciones del “**principio de seguridad jurídica**”.

El “**principio de buena fe**”, es un “principio” que exige que – tanto la Administración como el administrado que se relaciona con ella – actúen honestamente en el cumplimiento de sus obligaciones y en ejercicio de sus derechos.

Pues bien, al respecto afirma prestigiosa doctrina (Lorenzetti, 2011) que: “(...) *la buena fe está contemplada como un principio general que permite un control de la sociabilidad en el ejercicio de los derechos subjetivos...(...)*” (pp. 74-75), y en tal sentido, en su “acepción jurídica”, presenta **dos “dimensiones”**: **por un lado**, lo que es digno de creencia y que por ello provoca una expectativa jurídica que merece ser protegida (“**buena fe subjetiva - creencia**”), y; **por otro lado**, las reglas objetivas del comportamiento (“**buena fe - objetiva**) (p. 75).

57

En esa misma línea conceptual, complementando la conceptualización premencionada, recuerda distinguida doctrina nacional (Bergstein, 2018) que, mientras la “**buena fe objetiva**”, es una pauta o arquetipo de conducta objetivable, aplicable genéricamente a quienes se encuentren en determinado contexto de tiempo y lugar, en síntesis, un estándar de conducta; la “**buena fe subjetiva**”, que otros autores prefieren designar como “buena fe” “creencia”, “lealtad” o “probidad”, refiere a un estado de conciencia de la persona que generalmente se evidencia en el conocimiento o desconocimiento de ciertas circunstancias que el Derecho valorará oportunamente al momento de tomar en cuenta la proyección jurídica del caso concreto (pp. 4-5).

Por su parte, el Profesor argentino Coviello (2004) evoca que el “**principio de confianza legítima**” (*Vertrauensschutz*) surgió en el derecho alemán como una derivación del “**principio de seguridad jurídica**” (*Rechtssicherheit*), y se lo considera – junto con el último – como una de las consecuencias de los valores propios del *Estado de Derecho* (pp. 16), de tal modo que, mediante el mismo, se pretende dotar de **seguridad** al administrado / contribuyente, que confía en que la Administración actuará de acuerdo a las expectativas que fundadamente ha generado (Caicedo Medrano, 2009) (Castillo Blanco, 1998) (Cotter, 2013) (Coviello, 2004) (García, 2002, pp. 45-55) (Viana Cleves, 2007, pp. 167-168) (Rondón de Sanso, 1998, pp. 315 y ss.).

Este último “**principio**”, aplicado a las “consultas vinculantes”, protege al ciudadano frente a la actuación de la Administración que se aparta del criterio mantenido al resolver la “consulta” (Labandera, 2021, pp. 597-640).

Y esa protección, **o bien**, puede traducirse en el mantenimiento del carácter vinculante de la “consulta” cuya prevalencia puede determinar la anulación del acto administrativo que la contradiga; **o bien**, simplemente puede evidenciarse en la exoneración de responsabilidad con sacrificio del carácter vinculante; **o bien**, finalmente, en el reconocimiento o en el nacimiento de un derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios padecidos a pesar de adecuar la conducta al sentido de la contestación de la “consulta”.

¿Por qué?, porque el “*principio de buena fe*” – en nuestro país – es un “principio de rango constitucional” (Real, 2001, pp. 87 y ss.), y en tal sentido, opera de manera idéntica tanto para la Administración Aduanera como para el contribuyente (Alais, 2008), a tal punto que – aquel operador que desarrolla su actividad en dicho marco, esto es, en el respeto integral a dicho “**principio**” – recibe un tratamiento jurídico adecuado, y no ve traicionada su confianza (Labandera, 2002, pp. 90-101).

En síntesis, como recuerda el Profesor ALTAMIRANO (Altamirano, 2012), con su característica fineza jurídica: “...*La seguridad jurídica es estabilidad. Es también una aspiración máxima de todo ordenamiento jurídico y hacia ella debe orientarse. Sin embargo no existe una norma específica que ordene la existencia de este valor esencial en el Estado constitucional, por el contrario surgirá en mayor o menor medida gracias a la amalgama de la plena vigencia de todas las garantías constitucionales y de una adecuada y estable decisión de los jueces*” (p. 163).

Con los “**institutos jurídicos**” consagrados y que seguidamente se repasarán (*auto revisión; consulta vinculante aduanera; acuerdos de reconocimiento y estudios de valor y vinculación*), parece haberse alcanzado un sano equilibrio, ya que los mismos contribuyen, en su conjunto, a alcanzar en el ámbito aduanero, un sistema jurídico más seguro y consiguientemente, más justo.

Veamos.

III. La “auto revisión” o “auto denuncia”

1. A modo de aproximación conceptual

El primero de ellos, es lo que se ha denominado como “**auto revisión**” y que, en realidad se trata de una “**auto denuncia**” voluntaria, espontánea, formal y temporánea del propio administrado ante la DNA, como consecuencia de la comprobación de que – oportunamente – ha formalizado una “**declaración aduanera**”^{4 5} incorrecta, incompleta y/o inexacta⁶.

4 En la especie, aunque la norma no lo individualiza expresamente, cabe presumir sin hesitación que se refiere a la “**declaración de mercadería**” prevista en los artículos 64 a 78 del CAROU, y no a otras “declaraciones” como puede ser la “**declaración de llegada**”, contemplada en el artículo 49 del CAROU.

5 A tales efectos cabe recordar que el artículo 2° del CAROU define a la “**declaración de mercadería**” como “*la declaración realizada del modo prescrito por la Dirección Nacional de Aduanas, mediante la cual se indica el régimen aduanero que deberá aplicarse, suministrando todos los datos que se requieran para la aplicación del régimen correspondiente*”.

6 Ver en especial: artículos 65/70 y 72 del CAROU y artículo 4 del Decreto N° 312/998.

Ahora bien, como se anotaba precedentemente, el **artículo 221 del CAROU** instala un nuevo "instituto jurídico", el de la "auto denuncia" o "auto revisión", que tiene origen – a nivel nacional – en el **artículo 306 de la Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2012** y – a nivel de Derecho comparado – en la previsión legal del *Código Aduanero Argentino* – **artículo 917** – con la modificación oportunamente introducida por la **Ley N° 25.986** (Labandera, 2021, pp. 762-767).

El mismo, es el resorte del que dispone el operador del sistema aduanero para efectuar – de manera espontánea y temporánea, en los plazos establecidos a tales efectos por la normativa respectiva – formal advertencia a la Autoridad Aduanera, de que ha cometido una "declaración" incorrecta (Labandera, 2021, pp. 762-767).

En síntesis, la clara finalidad del **artículo 221 del CAROU**, es conseguir que un sujeto que ha cometido una acción o una omisión – al momento de su "declaración aduanera" (en la especie, la "declaración de mercadería") – acción u omisión que por su trascendencia alcanza a vulnerar el régimen jurídico aduanero (*rectius*: de la "legislación aduanera"), y que por consiguiente, resulta potencialmente susceptible de sufrir la imposición de una sanción administrativa o aduanera, repare en forma voluntaria ese incumplimiento o esa acción / omisión, antes de que la Autoridad Aduanera tome conocimiento de la misma, y actúe en el caso.

Esto es, busca la reparación voluntaria del daño, por parte del posible infractor, y por tal acción, el Legislador prevé – como "recompensa" – una minoración de la sanción pecuniaria correspondiente.

En ese sentido, la figura estudiada resulta aplicable – en forma exclusiva – a las sanciones de carácter pecuniario.

Además, no se debe obviar que, en general, la imposición de una sanción o pena tiene una finalidad retributiva y una función preventiva, pero también posee un propósito reparador.

Por ello fue que el Legislador alentó con dicha norma, que si se da una reparación voluntaria y espontánea, sin intervención de la Autoridad Aduanera, la sanción o pena se disminuye (según exista o no "pérdida de renta fiscal", y según el instante temporal en que la mismo se verifique).

2. Continuación

Pues bien, existen diferentes **escenarios** posibles, tomando como base **dos hitos de referencia**, a saber: **por un lado**, la **posibilidad de "pérdida de la renta fiscal"** que la incorrecta "declaración" pueda llegar a provocar; y **por otro lado**, el **momento en el que realmente se efectivice la comparecencia espontánea** ante la DNA.

Como corolario de ello, surgirán los efectos jurídicos y sancionatorios que pueden verificarse al respecto.

La disposición aprobada ("auto revisión"), se centra en una hipótesis muy concreta y determinada que – para resultar aplicable – deberá adecuarse a los siguientes requisitos, a saber:

- a) La infracción correspondiente deberá ser advertida *a posteriori* del “**libramiento de la mercadería**”⁷, esto es, después de que la misma haya sido despachada a plaza⁸ (Labandera, 2000).
- b) En tal sentido, la “diferencia” mencionada (y la norma instaurada no aclara de qué tipo: de clase, cantidad, calidad, especie, clasificación, valor, etc.), lo será entre la “declaración” oportunamente formulada por el declarante (se refiere a la “declaración de mercadería”, formalizada mediante un Documento Único Aduanero – DUA, una factura definitiva y un conocimiento de embarque⁹), y la mercadería efectivamente librada al “territorio aduanero” nacional, es decir, que ingresó a “libre circulación”¹⁰ (Cotter, 2018, pp. 109-119).
- c) La inconsistencia referida puede aparejar (o no, y de ahí las diferentes eventualidades procedimentales y sancionatorias existentes), “una infracción aduanera que implique una pérdida de renta fiscal”¹¹.
- d) Igualmente, se requerirá que el “declarante” comunique espontáneamente y “por escrito” a la Dirección Nacional de Aduanas, dicha circunstancia¹².
- e) A su vez, será imprescindible que – al momento de presentarse voluntariamente el “declarante” – todavía no hubieren transcurrido más de 30 días hábiles, contados a partir del “libramiento de la mercadería”.
- f) Y por último, será necesario que – al momento de realizarse la comunicación predicha – la Dirección Nacional de Aduanas no hubiere notificado al multicitado “declarante”, el inicio de algún proceso de investigación o fiscalización que incluya a dicha operación.

Es decir, que el sujeto, al momento de formalizar su presentación espontánea y voluntaria ante la DNA, no tenga conocimiento de que la Autoridad esté accionando por algún medio (y que ésta efectivamente, haya iniciado un procedimiento de fiscalización al respecto, y se lo haya comunicado fehacientemente al “declarante”), con la finalidad de llamarlo a responsabilidad por la conducta desplegada anteriormente, conducta que oportunamente generó su incumplimiento. Solamente de verificarse el requisito antedicho, podrá presumirse que su actuación fue previa

7 Al tenor de lo edictado por el artículo 2° del CAROU, “**libramiento**” es “el acto por el cual la Dirección Nacional de Aduanas autoriza al declarante o a quien tuviera la disponibilidad jurídica de la mercadería, a disponer de esta para los fines previstos en el régimen aduanero autorizado, previo cumplimiento de las formalidades aduaneras exigibles”.

8 A los efectos mencionados, cabe recordar lo previsto por el artículo 78 del CAROU, cuando evoca que “La Dirección Nacional de Aduanas podrá, después del libramiento de la mercadería, efectuar el análisis de los documentos, datos e informes presentados relativos al régimen aduanero solicitado, así como realizar la verificación de la mercadería y revisar su clasificación arancelaria, origen y valoración aduanera, con el objeto de comprobar la exactitud de la declaración, la procedencia del régimen autorizado, el tributo percibido o el beneficio otorgado”.

9 Esto es, lo que el CAROU designa – en el artículo 67 – como “**Documentación Complementaria**”, vale decir, aquella que deberá acompañar a la “**Declaración de Mercadería**”, de acuerdo con el régimen solicitado conforme a la legislación aduanera, esto es, necesaria para la aplicación de la misma.

10 De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 2° del CAROU, “**libre circulación**” es – para la normativa aduanera nacional – “la calidad que reviste la mercadería que cumple todos los requisitos para circular libremente dentro del territorio aduanero, sin restricciones ni prohibiciones de carácter económico y no económico”.

11 Las **infracciones aduaneras** cuya comisión reposa estructuralmente, en la necesaria provocación de “**pérdida de renta fiscal**”, esto es, en un daño efectivo a la “Hacienda Pública”, son – al tenor de lo preceptuado por el artículo 199 del CAROU – las siguientes: la *diferencia*, la *defraudación*, la *defraudación de valor*, el *abandono infraccional*, el *desvío de exoneraciones* y el *contrabando*. Sin perjuicio de lo expresado, existen circunstancias en las cuales – de manera vicaria – también pueden verificarse algunas hipótesis de “**pérdida de renta fiscal**”, susceptibles de ser alcanzadas por la figura de la “auto revisión”, a saber: aquellas que hemos dado en llamar *diferencia* en la *descarga*, contempladas en los artículos 52/54; 57, numeral 5; 58 y 105, numeral 4; 93 y 122 del CAROU. La conceptualización y consecuencias jurídicas de la *diferencia* en la *descarga*, pueden verse – con mayor profundidad – en: (Labandera, 2021, pp. 642-662) y (Labandera, 2017, pp. 13-61).

12 *Resolución General de la Dirección Nacional de Aduanas N° 14/2015*, de 7 de abril de 2015.

a que se le sometiera al régimen de responsabilidad, o a que la Autoridad Aduanera iniciara cualquier acción en torno a ella.

En este sentido ha de entenderse que los requerimientos del Legislador se dan, cuando al momento de la reparación voluntaria, no haya intervenido la Autoridad Aduanera, debiendo tenerse presente todas las maneras en que la misma puede fiscalizar, es decir, en el "control inmediato" al momento en que se someten las mercancías al despacho aduanero, en el ejercicio del "control permanente" que despliega la Autoridad Aduanera, o bien en el "control *a posteriori*"¹³.

Por consiguiente, la intervención de Autoridad Aduanera, debe necesariamente ser conocida por el sujeto infractor, esto es, no basta con que la Administración determine que se cometió un incumplimiento una omisión o una insuficiencia que de base a la imposición de una sanción, sino que además, la misma tiene que ponerse en conocimiento de ese sujeto en forma fehaciente, a los efectos de que la acción que realiza la Administración ocasione las consecuencias correspondientes, lo cual marca el momento en que interviene la Autoridad y a partir de él, la prohibición de adjudicar la rebaja prevista por el **artículo 221 del CAROU**.

Así, en caso de que se verifiquen – **en forma acumulativa** – todas las circunstancias prenombradas, el "declarante" – sin perjuicio de tener que abonar los "*tributos correspondientes*"¹⁴ a la operación de que se trate, esto es, la "**reliquidación tributaria**" – será sancionado con una "**multa**", según el siguiente esquema, a saber:

I. Si la declaración incorrecta hubiere podido provocar una "pérdida de renta fiscal":

- 1) Si existiere "**pérdida de renta fiscal**" y la **comunicación se realizare dentro de los cinco días hábiles desde el libramiento de la mercadería**, entonces, más allá de tener que efectuar la "**reliquidación tributaria**" de precepto, el declarante deberá abonar además, una **multa igual al 5% (cinco por ciento) de los tributos que se hubieren dejado de percibir por dicha diferencia**, si no se hubiera realizado la comunicación.
- 2) En el caso de que se dieran las **mismas circunstancias que en el numeral anterior**, pero, **hubiesen transcurrido más de cinco y menos de treinta días hábiles**, entonces la **multa será igual al 20% (veinte por ciento) de los tributos referidos**, teniendo claro que pervive la obligación de asumir la "**reliquidación tributaria**" correspondiente.

II. Si la declaración incorrecta no hubiera podido provocar una "pérdida de renta fiscal":

- 1) Si **no existiere "pérdida de renta fiscal"** y la **comunicación se realizare dentro de los cinco días hábiles desde el libramiento de la mercadería**, la **multa será**

13 Como ya se mencionara, deben examinarse al respecto, de manera complementaria, los **artículos 73 a 78 del CAROU** y los **artículos 16 a 19 del Decreto N° 312/998**.

14 En tal sentido cabe recordar lo preceptuado por el **artículo 215 del CAROU**, que en lo que aquí importa reza: "*A los efectos de la determinación del monto de las sanciones por infracciones aduaneras, se considerarán tributos todos los gravámenes, aduaneros o no, que afecten a las mercaderías en ocasión de su importación o exportación definitivas*".

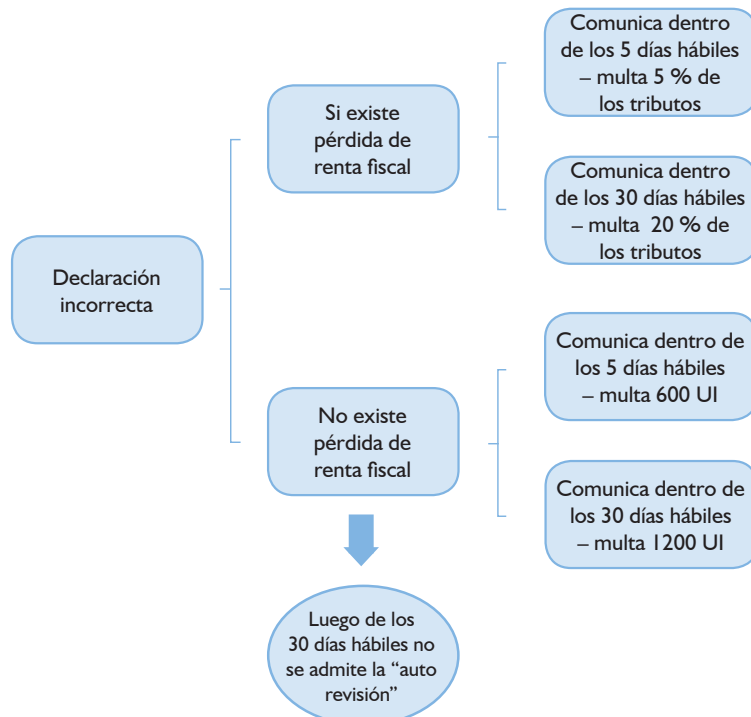
por un valor equivalente a 600 UI (seiscientas unidades indexadas). Al no haber existido “pérdida de renta fiscal”, **no debe efectuarse ninguna “reliquidación tributaria”**).

- 2) En caso de **que hubiesen transcurrido más de cinco y menos de treinta días hábiles**, la multa será por un valor equivalente a **1.200 UI (mil doscientas unidades indexadas)**.

De manera idéntica a la situación anterior, al no configurarse la hipótesis de “pérdida de renta fiscal”, **no resulta necesario efectuar “reliquidación tributaria” alguna.**

Finalmente, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿ qué sucede si la presentación espontánea ante la DNA, se produce por parte del contribuyente, luego de transcurridos 30 días hábiles siguientes al libramiento a plaza de la mercadería respectiva?: en esos casos, entendemos que – al estar contemplado para estas circunstancias un régimen de *responsabilidad subjetiva* (**artículo 213, numeral 1 del CAROU**) (no debe olvidarse que la mercadería ya fue despachada a plaza y por consiguiente ya no puede tipificarse la infracción aduanera de diferencia, contemplada en el **artículo 201 del CAROU**, sino que en la especie planteada correspondería en principio la tipificación de la infracción de *defraudación*, estatuida en el **artículo 204 del CAROU** – al tenor de lo preceptuado por el **artículo 213, numeral 2** del mismo Código, la multa prevista podrá ser reducida, si la DNA lo entiende pertinente, “*hasta en un 50 %*” de su monto original.

Y claramente en estos casos, no existe dolo ni culpa grave, por el contrario, al haberse verificado una presentación espontánea y voluntaria, parecería razonable que la multa referida fuera minorada en el tope máximo previsto, esto es, en un equivalente al 50 % del total de la misma.



IV. La "consulta aduanera vinculante"

1. Antecedentes y características

La "consulta vinculante", es uno de los "institutos" clásicos del *Derecho Tributario*¹⁵, que ahora se encuentra también regulado por el CAROU.

El "instituto" referido – que ya había sido previsto en el **artículo 173 del Código Aduanero del Mercosur**, antecedente conceptual y normativo del CAROU (Cotter, 2010) (Labandera, 2012) – viene a sumarse a la *petición simple*, contenida en el **artículo 30 de la Constitución Nacional**, y a las *peticiones calificadas* de los **artículos 318** de la misma **Carta Constitucional**, así como del **artículo 8° de la Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987**, en la redacción dada por el **artículo 180 de la Ley N° 16.462, de 11 de enero de 1994** (reglamentaria, a su vez, del **artículo 318 de la Constitución de la República**) (Durán, 2007, p. 147), como **derecho de los administrados** para requerir de la Autoridad Aduanera un pronunciamiento, el cual tendrá distinta regulación de acuerdo a la legitimación activa que tenga el requirente, y las condiciones en que se presente la solicitud respectiva, todo lo cual, determinará el "instituto aplicable" y consiguientemente – los efectos del pronunciamiento de la Administración, o los de su "silencio" (Cajarville, 1998, pp. 139-141).

El mismo, es un verdadero antídoto contra la dificultad y – no pocas veces – oscuridad de la normativa aduanera. Recurriendo a dicho "instituto", el contribuyente / administrado podrá percatarse en forma anticipada de la posición de la DNA con relación a la eventual aplicación de la "legislación aduanera" a una situación de hecho "*actual y concreta*"¹⁶.

De ese modo, se logra conferir al administrado la debida **seguridad jurídica**, ya que contará con una garantía adicional, como lo es la vinculación y consiguiente preceptividad a su respecto de la aplicación del criterio adoptado por la DNA, en la temática que fuere¹⁷.

Así, la Administración adquiere en dicho marco la obligación de que – si decide en el futuro variar el referido criterio – deberá notificárselo personalmente al consultante, rigiendo tal cambio solamente de ahí en más, y vedándose la posibilidad de esgrimir el nuevo criterio como argumento para la imposición de una eventual sanción¹⁸.

Huelga decir que, si por el contrario, la variación del criterio provoca una situación más favorable para el contribuyente, éste último podrá invocarla (y aplicarla) de manera inmediata (Labandera, 2002, p. 97) (Labandera, 2021, p. 699).

De igual modo, cabe consignar que este "instituto" también otorga – de manera vicaria – certidumbre al resto de los contribuyentes, los que – si bien no podrán invocar a su respecto el carácter "vinculante" de quien efectúa una "consulta fundada" – la respuesta de la Administración, a través de su publicación (la que es obligatoria, con algunas salvedades, al tenor de lo dispuesto por el **artículo 5 del Decreto N° 145/015**), estarán en condiciones de conocer su postura en relación a los diferentes temas que

15 Véase en tal sentido: **artículos 71 a 74 del Código Tributario Uruguayo**.

16 **Artículo 194, numeral 1 in fine del CAROU**.

17 **Artículo 197 del CAROU**.

18 **Artículo 197 in fine del CAROU**.

puedan ir surgiendo con respecto a la aplicación de la "legislación aduanera", todo lo cual, coopera para desterrar o al menos minorar, la incertidumbre jurídica.

Repasemos ahora los **requisitos y características** de la "**consulta aduanera vinculante**".

El "**Título XII**" del **CAROU**, contiene la regulación del "instituto" administrativo de la "**consulta sobre aplicación de la legislación aduanera**", o simplemente "**consulta aduanera**", que pese a ser conocido en materia tributaria, no tenía antecedentes en el ámbito aduanero¹⁹.

Dicha regulación se completa con una serie de normas de carácter *extra e infra Código* (el **Decreto N° 145/015**, y la **Resolución General de la Dirección Nacional de Aduanas – R.G. – N° 44/2015**).

Pues bien, el **artículo 194 del CAROU**, estatuye, en lo que aquí importa, lo siguiente:

"1. El titular de un derecho o interés personal y directo podrá formular consultas ante la Dirección Nacional de Aduanas sobre la aplicación de la legislación aduanera a una situación actual y concreta.

2. A tal efecto deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta y podrá, asimismo, expresar su opinión fundada."

En el caso del **CAROU**, y en lo que refiere a la **consulta aduanera**, el "instituto" se complementa, estableciendo no solamente el derecho subjetivo a poder formular una "consulta", sino que también se establecen los requisitos del ejercicio de ese derecho, las consecuencias del planteamiento, la obligación de expedirse de la Administración Aduanera los efectos de la resolución, y finalmente, las derivaciones del "silencio" de la Administración.

2. La naturaleza jurídica de la "consulta"

Siguiendo al Profesor Labaure (Labaure, 2013, p. 60), cabe recordar – al respecto – que la doctrina se encuentra dividida, entre quienes **por un lado** (Blanco, 1999) (Gutiérrez, 2011) (Mazz, 2007) (Valdés Costa *et al*, 2002), consideran que la consulta tributaria (*mutatis mutandi*: la "**consulta aduanera**"), es una de las "peticiones del artículo 318 de la *Constitución Nacional*"; y quienes **por otro lado** (Cajarville, 2007) (Montero Traibel, 2006), no creen que se trate de una "petición" de esas características, ya que no se pide el dictado de un acto con determinado contenido, tal y como sucede en la petición de dictado de un acto administrativo, sino que por el contrario, lo que se reclama, es que la Administración (Aduanera, en la especie), se pronuncie sobre cuál será finalmente su criterio interpretativo en un caso concreto.

Y obviamente, la adopción de uno u otro de los criterios precitados, supone importantes consecuencias jurídico – prácticas para el consultante (Labaure, 2013, p. 60).

19 Así, se recuerda en la "**Exposición de Motivos**" del **CAROU**, oportunamente remitida por el Poder Ejecutivo al Parlamento Nacional, lo siguiente: "El **CAROU** incluye la posibilidad de que el titular de un derecho o interés legítimo pueda formular consultas ante la administración aduanera sobre la aplicación de la legislación aduanera a un caso determinado. Específicamente, se introduce un mecanismo de consultas previas vinculantes, que otorga un plazo a la DNA para que se expida y que prevé la imposibilidad de imponer sanciones al interesado que aplica la legislación de acuerdo con su opinión fundada en caso de silencio de la Administración. Se trata de un instrumento que otorga mayor certidumbre a las operaciones de comercio exterior y mayores garantías a los particulares".

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que existe también, una **postura "intermedia"** en relación a las dos posiciones antedichas, que fuera oportunamente sostenida por el Profesor Rodríguez Villalba (1999), quien afirmara al respecto que: *"la formulación de la consulta implica en todos los casos, la solicitud de que la autoridad pública expida un acto administrativo (la respuesta a la consulta), lo que supone el ejercicio concurrente del derecho de petición"* (p. 588).

Incluso, a nivel de doctrina extranjera, hay quienes sostienen – en postura que conceptualmente se acerca a la prenombrada – que en el caso de la "consulta", no estamos ante una simple "petición", sino ante una verdadera **"pretensión del administrado"**, que tiene apoyo en una norma específica que le reconoce una iniciativa cualificada, en orden a provocar la actuación de la Administración (Zornoza Pérez, 1985, p. 41).

3. Requisitos de la "consulta aduanera vinculante"

¿Ante quién se consulta?

En forma escrita, ante la Dirección Nacional de Aduanas.

¿Cuándo se debe formular la consulta vinculante?

La misma debe plantearse – necesariamente – treinta días hábiles, antes del vencimiento previsto para el cumplimiento de la obligación respectiva sobre la que se consulta.

¿Quién puede consultar?

Cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, residente o no residente, que sea – y por ello, lo pueda invocar a su respecto – *"titular de un derecho o interés personal y directo"*.

Pues bien, a la luz de las disposiciones del **CAROU** en relación a los requisitos exigidos para plantear una consulta vinculante, particularmente, por *"interés directo"*, debe entenderse un *"interés inmediato"*.

Por tanto, la existencia de un *"interés directo"* implica que el particular se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración Aduanera.

Así, en cuanto tiene que consistir en un *"interés personal"*, puede tratarse de un interés estrictamente personal, individual y exclusivo, ajeno y eventualmente hasta opuesto al *"interés general"*; o bien, puede tratarse de su *"interés personal"* como participe en el llamado *"interés general"*.

De igual modo, cabe consignar que el carácter *"personal"* de la consulta, alude a que la misma debe ser formulada por una persona en particular y no por entidades que representen intereses propios de sus miembros (Peirano Facio, 1999, p. 1092).

En último término y en virtud de que para formular la consulta se exige un *"interés personal y directo"*, respecto a una *"situación de hecho real y actual"*, **se entiende que se trata de un interés "legítimo"**, es decir, no contrario a la regla de derecho, por lo cual, *"la satisfacción del mismo en vía jurisdiccional podrá lograrse con la anulación del acto administrativo que afecta el interés del consultante"* (Labaure, 2013, pp. 60-63).

¿Qué circunstancias pueden ser objeto de consulta vinculante?

La “**consulta aduanera vinculante**” debe referir a la aplicación de la “**legislación aduanera**”²⁰ a una “**situación actual y concreta**”, esto es, no serían admisibles las consultas “**genéricas**” y/o sobre hipótesis abstractas.

Ello es así, porque en la “**consulta vinculante**” se requiere de la Administración Aduanera el pronunciamiento de cómo será aplicada la “**legislación aduanera**” frente a un “**situación actual y concreta**”, y consiguientemente, no “**genérica**” y/o abstracta, hechos hipotéticos o probables a futuro.

Por tanto, la “**consulta aduanera**”, requiere – para su correcta formulación – del cumplimiento de una **doble exigencia de carácter formal**, a saber:

- **por un lado**, que la misma sea omnicomprendiva de todos los elementos de hecho y de derecho que puedan requerirse para la adecuada comprensión de la situación sobre la cual se consulta, y;
- **por otro lado**, que la referida consulta sea formulada, por lo menos, 30 días hábiles antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la obligación respectiva.

Y ello es *conditio sine qua non* para que se pueda lograr el **efecto “vinculante”** deseado, esto es, que la Administración Aduanera se expida en relación a la “consulta” formulada, y que dicho pronunciamiento – expreso o tácito – sea “vinculante” para con el administrado.

Así, se recuerda en la normativa correspondiente que a tales efectos²¹, la consulta deberá contener, “*expuestos con claridad y precisión*”:

- a) Los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta;
- b) Los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, y;
- c) La solicitud concreta que se efectúa.

Como puede verse, el **elemento diferenciador** que le permite generar el “**carácter vinculante**”, estará dado por la **obligación que tiene el administrado** al momento de formular dicha “consulta”, de “*expresar su opinión fundada*” (**vale decir, adelantar su fundamentación sobre lo que entiende debería ser la respuesta debida a su planteo**), para lo cual podrá también acompañar a la solicitud los documentos que la sustentan.

Pero **existe aquí una restricción** – también de índole temporal – en relación a la “**consulta vinculante**” que se formula, y es que “*las resoluciones que recaigan respecto de las consultas vinculadas a un despacho en especial*”, “*sólo tendrán efecto respecto a los despachos efectuados con posterioridad a las mismas*”²².

20 El artículo 2° del CAROU define a la “**Legislación aduanera**”, determinando que son: “*las disposiciones legales, sus normas reglamentarias y complementarias, así como las resoluciones de carácter general dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas en ejercicio de sus competencias legales, relativas a la importación y exportación de mercadería, los destinos y las operaciones aduaneros*”.

21 Artículo 194, numeral 2 del CAROU.

22 Artículo 3 del Decreto N° 145/015.

Va de suyo que, en **caso de no "expresar su opinión fundada"**, difícilmente pueda obtener un pronunciamiento favorable de la Administración a su posición u opinión, más allá de los "efectos" que se conceden en la regulación del "instituto" a dicha situación, ya que en este caso, la mencionada "**consulta no sería "vinculante"**".

¿Cómo y cuándo se expide la DNA y cuáles son los efectos de su resolución?

La DNA podrá adoptar **dos posturas** frente a la formulación de una "**consulta vinculante**", a saber:

- **se manifiesta expresamente dentro de los treinta días hábiles siguientes a la presentación de la consulta**²³, en cuyo caso, su pronunciamiento podrá consistir en:
 - i) Su conformidad absoluta con lo planteado por el consultante, de tal modo que, de ahí en más, la postura oportunamente esgrimida por el consultante resultará "vinculante" para ambos (Administración y administrado);
 - ii) Su disconformidad total o parcial con lo planteado por el consultante, por lo cual, éste último podrá deducir los recursos administrativos previstos en el **artículo 317 de la Constitución Nacional**²⁴, y – eventualmente – la acción de nulidad ante el TCA, al tenor de lo edictado por el **artículo 309 de la Carta Magna**.
- **la DNA no se pronuncia dentro de los treinta días hábiles siguientes a la presentación de la "consulta"**²⁵, y en este caso, ante el "**silencio**" de la Administración, si el consultante aplica la "legislación aduanera" de acuerdo con la "opinión fundada" oportunamente esgrimida en la consulta, vedará la posibilidad de que se le pretenda imponer **sanción** alguna en el futuro y en relación a dicho aspecto puntual, en caso de que la DNA se pronuncie posteriormente en sentido contrario a dicha "opinión fundada"²⁶.

*¿Qué sucede si luego de pronunciarse sobre la consulta fundada oportunamente formulada, la DNA cambia de criterio?*²⁷

En este caso, las **consecuencias** serán las siguientes:

La DNA deberá notificar dicho "**cambio de criterio**" al consultante;

Su nueva postura sólo resultará aplicable *a fortiori* y no en forma retroactiva, y;

Su "**nuevo criterio**", deberá estar motivado y ser razonable, vale decir, cumplir con dos requisitos ineludibles para cualquier acto administrativo.

¿La consulta vinculante tiene efecto suspensivo?

No lo tiene ni respecto del transcurso de los plazos, ni del debido y temporáneo cumplimiento de las obligaciones eventualmente existentes²⁸.

23 Artículo 196 del CAROU.

24 Sin embargo, cabe recordar al respecto que – según determina el **artículo 6 del Decreto N° 145/015** – "*En caso de interponerse los recursos administrativos previstos en el artículo 317 de la Constitución de la República, el recurrente podrá despachar la mercadería sin esperar la resolución de los recursos, ajustando la declaración a lo resuelto por la Dirección Nacional de Aduanas, sin perjuicio de efectuarse después únicamente la eventual reliquidación de tributos que correspondan, en los casos en que se revoque o anule la resolución recurrida.*"

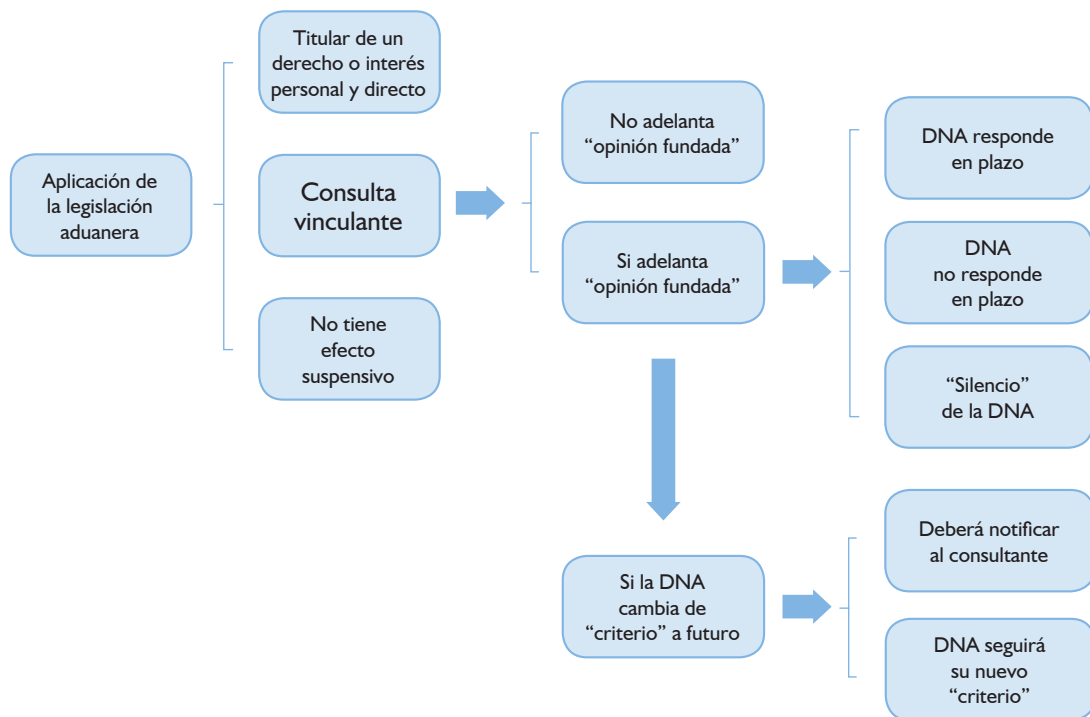
En caso de interponerse los recursos administrativos respecto de la resolución de la consulta sobre clasificación arancelaria, la Dirección Nacional de Aduanas, antes de resolver el recurso de revocación, deberá solicitar el dictamen de la Junta de Clasificación" (el resaltado nos pertenece).

25 Artículo 198 del CAROU.

26 Artículo 198 *in fine* del CAROU.

27 Artículo 198 del CAROU.

28 Artículo 195 del CAROU.



V. Reconocimiento administrativo y “acuerdos de pago” entre la administración aduanera y los contribuyentes

1. A modo de introducción

Una norma controvertida en el ámbito aduanero y el comercio exterior, fue durante mucho tiempo, el **artículo 165 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001**, que habilitaba a la celebración de “acuerdos” entre la Dirección Nacional de Aduanas (DNA) y los contribuyentes, estableciendo a dichos efectos una serie de requisitos materiales y formales, que sustancialmente se repiten ahora en el CAROU.

Sin embargo, al momento de aprobarse el nuevo *Código* – con algunas modificaciones – se decidió mantener dicho instrumento, introduciendo sí algunas modificaciones que contribuyeron a dar mayor transparencia y certeza a los contribuyentes.

2. El marco jurídico en el cual se desarrollan los “acuerdos” según las previsiones del CAROU

La novel disposición, recogida en el **artículo 217 del CAROU** – bajo el *nomen iuris* “Reconocimiento administrativo y acuerdos de pago” – como se advirtiera, mantiene la posibilidad de celebrar “acuerdos” entre la DNA y los contribuyentes / administrados.

En tal sentido, si bien el **artículo 275 del CAROU** deroga expresamente al **artículo 165 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001**, norma que originalmente estatuyó la posibilidad de celebrar dichos “acuerdos”, el predicho **artículo 217 del CAROU**, finalmente replica de manera casi textual la disposición oportunamente derogada, con las peculiaridades que a continuación se señalan.

En la misma se establecen **dos juegos de "requisitos"**, a saber: **"específicos"** y **"formales"**.

Veamos.

3. Requisitos específicos. Ellos son los siguientes:

En **primer término**, los *"acuerdos"* respectivos pueden celebrarse únicamente entre la Administración Aduanera (esto es, la Dirección Nacional de Aduanas, *"actuando directamente o por medio de sus oficinas dependientes expresamente delegadas"* ²⁹), y los contribuyentes (por lo cual, parecería que la norma legal descarta a las figuras del *"responsable"* o del *"sustituto"*, a los efectos de la prerrogativa analizada), con la expresa salvedad legal de que *"la suscripción del acuerdo no libera al contribuyente de la obligación de denunciar y satisfacer la parte de los tributos efectivamente adeudados y que no hayan sido contemplados en dicho acuerdo"* ³⁰.

En **segundo término**, se establece que el *"acuerdo"* **sólo podrá relacionarse con** *"los tributos y las multas determinadas por la Administración, con posterioridad al libramiento de las mercaderías en los casos en que su monto no pueda determinarse con exactitud"* ³¹.

Pero en este sentido, cabe realizar una puntualización desde el punto de vista conceptual: cuando la norma se refiere a *"los tributos y las multas determinadas por la Administración"*, cabe hacer al respecto algunas precisiones, que ya han sido anticipadas en el presente trabajo.

Se deberán considerar, al tenor de lo dispuesto por el **artículo 215 del mismo CAROU**, a tales efectos, a *"todos los gravámenes aduaneros o no, que afecten a las mercaderías en ocasión de su importación o exportación definitivas"*, ya que la norma legal predicha estatuye que el referido concepto es el que deberá tenerse en cuenta *"a los efectos de la determinación del monto de las sanciones por infracciones aduaneras"*.

De igual manera, la norma legal estudiada acota la posibilidad de celebrar un *"acuerdo"*, a un momento cronológico determinado (*"hasta tanto exista sentencia de condena en primera instancia"* ³²), y siempre que se trate de casos en que *"su monto no pueda determinarse con exactitud"* ³³.

Ahora bien, en nuestra opinión (Labandera, 2021, pp. 775-783), la celebración de dichos *"acuerdos"* no comporta una *"determinación sobre base presunta"* de los respectivos *"tributos"* ³⁴ (Valdés Costa, 1987) (Bajac, 1987), ni la extinción de la obligación tributaria mediante una transacción (Pérez Novaro, 1998), ni el pago provisorio de impuestos vencidos, regulado por el **artículo 69 del Código Tributario Uruguayo**, sino por el contrario, la intención de ambas partes de evitar una (innecesaria) controversia jurisdiccional, *"autocomponiendo"* las diferencias surgidas, y reconstruyendo la realidad existente (Labandera, 2021, pp. 782-783).

29 Artículo 217, acápite del CAROU.

30 Artículo 217, literal B) del CAROU.

31 Artículo 217, literal A) del CAROU.

32 Artículo 217, literal F) del CAROU.

33 Artículo 217, literal A) *in fine* del CAROU.

34 Artículo 66 del Código Tributario Uruguayo.

Esto es, ante la falta de elementos determinantes a los efectos de conocer cabalmente los hechos respectivos, el administrado – en cumplimiento de su “*deber de iniciativa*”³⁵– y la Administración, alcanzan un “*acuerdo*” que tiene como única finalidad fijar las bases sobre las cuales habrá de realizarse la determinación tributaria de precepto, sin que ello implique o presuponga un acto ilícito intermediario, caracterizado por la inobservancia de algún deber formal (Faget y Varela, 1985), sino únicamente, la imposibilidad de conocer en forma “*cierta y directa*” los hechos previstos en la ley como generadores de la obligación tributaria (Rodríguez Villalba, 1985).

Y ello porque, a diferencia de lo que sucede con la figura de la “*determinación*” sobre “*base presunta*” (Abadi y Bergstein, 1997, pp. 515 y ss.)³⁶, en el “*régimen de acuerdos*” previsto por la disposición legal analizada, la “*estimación*” es practicada con la colaboración de ambas partes interesadas y no únicamente por la Administración (Aduanera), sin que exista la posibilidad para la Administración de hacer concesiones de ningún tipo (Valdés Costa *et al*, 1991).

4. Los requisitos formales

Ellos son:

En **primer término**, el “*acuerdo*” respectivo debe ser suscrito por “*el funcionario que detecte la infracción y el jefe de la división, departamento u oficina a que pertenezca el funcionario*”³⁷, por lo cual preceptivamente, lo deberán rubricar los funcionarios legitimados para ello, *so pena* de considerar “*nulo*” absolutamente el “*acuerdo*” oportunamente celebrado (Labandera, 2021, pp. 782-783); y – obviamente – el contribuyente, con “*asistencia letrada obligatoria*”³⁸.

De igual modo, la ley exige, que el “*Acta*” respectiva sea suscrita no solo por parte de la Administración, representada por el funcionario que detectó la infracción y el Jefe de la División, Departamento u Oficina a que pertenezca dicho funcionario, sino también – lógicamente – por otra parte, por el administrado / infractor, que necesariamente deberá comparecer – al momento de extenderse el “*Acta*” – como ya se advirtiera, con “*asistencia letrada*”, “*y si lo estimare pertinente*”, asistido, además, “*por contador público o despachante de aduanas o ambos*”³⁹.

En **segundo término**, dichos “*acuerdos*” deberán extenderse por “*Acta*”⁴⁰, en la que se efectuará la descripción de la situación “*con indicación precisa de la o las operaciones aduaneras involucradas, de las normas incumplidas y liquidación de tributos y sanciones*”⁴¹.

Al “*Acta*” requerida también preceptivamente, deberá agregarse “*copia certificada de la documentación aduanera en la que se acredita la o las operaciones constitutivas de la situación, la que se considerará parte integrante de dicha acta*”⁴².

35 Artículo 61 del Código Tributario Uruguayo.

36 Ver al respecto: artículo 66 del Código Tributario Uruguayo.

37 Artículo 217, literal D) *in fine* del CAROU.

38 Artículo 217 acápite y literal D) del CAROU.

39 Artículo 217, literal D) *in fine* del CAROU.

40 Artículo 217, literal D) del CAROU.

41 Artículo 217, literal E) del CAROU.

42 Artículo 217, literal E) del CAROU.

Ahora bien, aun cuando pueda utilizarse un criterio amplio en la interpretación de qué instrumentos deben considerarse como "*documentación aduanera*", incluyendo al "Documento Único Aduanero" (DUA), al certificado de origen, si correspondiere, al manifiesto de carga o al conocimiento de embarque respectivos, y la "declaración de valor" efectuada por el importador, obviamente no podrá incluirse conceptualmente a la factura comercial que ampara la compraventa internacional celebrada sobre la mercadería importada, y que sin embargo, constituye una documentación imprescindible al momento de incluir a una mercadería en un régimen aduanero de importación, exportación o tránsito.

Es por ello que, sin perjuicio de lo edictado por el **CAROU**, en la medida en que resultara imposible alcanzar "*acuerdo*" alguno sin haber cotejado la o las facturas respectivas, habrá que partir de la base de que en la especie, lo que hubo al respecto fue un "error" o una "omisión" del Legislador, y considerar por tanto que, también deberá exigirse de manera preceptiva – en estos casos – a dicha "*documentación comercial*".

Por último, en **tercer término**, cabe recordar que existe un **límite temporal para la celebración de los "acuerdos"** multicitados, ya que – como recuerda el **CAROU** – los mismos "*podrán celebrarse hasta tanto exista sentencia de condena en primera instancia*"⁴³, sin requerir para ello – ya que el propio Legislador omitió su condicionamiento y validación – la aprobación previa (expresa o tácita) de la Sede Judicial interviniente⁴⁴ y/o el Ministerio Público, a la sazón, titular de la acción fiscal en materia aduanera⁴⁵.

5. Consecuencias jurídicas que generan estos "*acuerdos*"

En **primer término**, la propia norma legal habilita a la Administración Aduanera a otorgar, en los casos analizados, las prórrogas y facilidades estatuidas por los **artículos 32 (apartados 1º y 2º) y 34 del Código Tributario Uruguayo** (básicamente, el pago de la deuda tributaria respectiva, hasta en treinta y seis meses)⁴⁶.

En **segundo término**, no deja de provocar cierta duda la norma analizada en cuanto a su adecuación al ordenamiento constitucional vigente, ya que el mismo, como siempre recordaba el Profesor Valdés Costa (Valdés Costa, 1996), ha recogido el *Principio de Legalidad* en su versión "*ortodoxa*", esto es, la reserva absoluta de la Ley (pp. 125 y ss.).

Tomando como referencia dicho marco conceptual, se concluye por parte de prestigiosa doctrina nacional en que, la clara separación de funciones entre los tres Poderes "*clásicos*" del Estado, unida a la ausencia de normas que autoricen al Poder Legislativo a delegar competencias para la creación de tributos, permiten concluir en que los tributos sólo pueden ser creados; modificados o suprimidos por Ley Formal y aún más, que todo lo relativo a la estructura, existencia y cuantía de la obligación tributaria debe estar establecido exclusivamente por Ley (Valdés Costa, 1996) (Peirano Facio, 1986).

Por eso, lo que se anotaba precedentemente, la norma consagrada deja un ámbito de duda en cuanto a su alcance y compatibilidad con el orden jurídico vigente, ya que las nociones precedentes – reserva legal de todos los elementos que influyen directamente

43 Artículo 217, literal F) del CAROU.

44 Artículo 227 a 229 del CAROU.

45 Artículos 230 y 239 del CAROU.

46 Artículo 217, literal C) del CAROU.

en la existencia y cuantía de la obligación tributaria – resultan totalmente aplicables en materia de determinación tributaria (Valdés Costa, 1985) (Shaw, 1994).

Y ello porque, el establecimiento de la base de cálculo, tema estrechamente vinculado al punto de análisis, es materia reservada exclusivamente a la Ley, que, si bien no tiene por qué establecer con precisión todos los elementos de dicha base, sino que debe contemplar la descripción de los criterios o circunstancias en función de las cuales puede precisarse el monto imponible (Peirano Facio, 1986), no puede dejar a la Administración margen de apreciación o discrecionalidad alguna (Valdés Costa, 1976).

En este caso, para dicho sector de la doctrina, la actividad de la Administración es de carácter técnico – no discrecional – y por ello, debe cumplirse en función de los criterios establecidos expresa y claramente en la Ley (Villegas, 1979), ya que estamos en el ámbito de los “conceptos jurídicos indeterminados” (García De Enterría, E. y Fernández, T., 1998, p. 443), en el cual – huelga decirlo – la Administración se debe limitar a interpretar el mandato legal, sin perjuicio del contralor jurisdiccional posterior.

Dos consideraciones más cabe realizar al respecto. La **primera**, es que a nivel internacional, se ha generalizado una demanda de desarrollo de los mecanismos que tienen cabida en la regulación del procedimiento inspector, articulados en torno a los principios de contradicción, imparcialidad y objetividad. El objetivo básico es evitar que surja el conflicto o que, una vez latente, pueda quedar resuelto dentro del propio procedimiento inspector (Juan Lozano, A. y Fuster Asencio, C., 2016, p. 11).

Y la **segunda**, consiste en recordar que en absoluto, la configuración y dinámica del procedimiento de inspección puede considerarse cuestión ajena a los métodos para la resolución del conflicto y aseguramiento de las bases y deudas tributarias. La doctrina coincide en señalar una premisa lógica básica: el mejor modo de resolver el conflicto es evitar que llegue a surgir, estableciéndose una relación directa entre el desarrollo y resolución de los procedimientos de control y unos niveles satisfactorios de cumplimiento tributario y legitimidad atribuida a la actuación pública (Juan Lozano, A. y Fuster Asencio, C., 2016, p. 12).

6. A modo de conclusión sobre las consecuencias jurídicas de los “acuerdos”. Nuestra opinión sobre la pertinencia y conformidad legal del sistema implementado. Su justificación

La vinculación de la Administración a la ley y al Derecho, en todos los ámbitos de su actuación y también en los procedimientos tributario – aduaneros, opera de igual modo, tanto cuando el resultado de dicha actuación se plasma en un acto administrativo unilateral, como cuando se concreta en un “*acuerdo de carácter transaccional*”.

A título de ejemplo, la Administración está igualmente vinculada por la ley cuando dicta una liquidación sobre la base del valor de una operación – determinado mediante su actuación comprobadora unilateral – como cuando lo hace sobre la base del valor fijado en un “*acuerdo*” previo con el contribuyente.

Y eso es así, porque los “acuerdos” sólo operan allí donde la Administración interviene o puede actuar mediante actos administrativos unilaterales, como alternativa a los mismos; pero con una salvedad conceptual que debe ser cumplida; dichos “acuerdos” deben tener el mismo contenido u objeto de la actividad unilateral.

Es obligado reconocer, no obstante, que la terminación convencional de los procedimientos resulta de difícil integración en los sistemas tradicionales, en los que su admisión produce una cierta desorientación en la dogmática, la que considera que dicha actuación unilateral de la Administración – bajo formas predeterminadas – es garantía inevitable de su vinculación a la ley y al Derecho.

Dentro de este contexto, la forma que haya de adoptar esta actuación no se encuentra constitucionalmente predeterminada, ya que nuestro ordenamiento no obliga a que la Administración ejerza siempre sus potestades de forma imperativa y unilateral.

Si nos situamos en el ámbito específicamente tributario, aunque el “acto de liquidación” se tenga por un ejemplo prototípico de *acto administrativo unilateral*, nada impide que a lo largo del procedimiento que conduce a su dictado, se realicen actuaciones convencionales o – si se prefiere – que parte del contenido de esos actos unilaterales sea predeterminado de forma “vinculante” para la Administración y los contribuyentes, a través de *transacciones* que tendrán el carácter de “*convenios preparatorios*”.

En definitiva, no parece que la inserción en los procedimientos tributario – aduaneros de figuras de naturaleza transaccional, tenga que generar algún tipo de problema particular desde la perspectiva de la “*regla de la indisponibilidad*” y del “*principio de legalidad*” del que deriva, ni mucho menos, poner en peligro otros “principios constitucionales tributarios” (Uckmar, V., 2002, pp. 9-27) (Alberdi, J., 1981, pp. 197-218).

73

Y – se reitera – aunque exista un cierto prejuicio dogmático sobre los riesgos que para la legalidad tributaria y aduanera puede suponer la admisión de “*transacciones*” en esta materia, lo cual – desde una mirada ortodoxa del alcance del “*principio de legalidad*”, es dable esperar – lo cierto es que, en último extremo, el sometimiento de la Administración a la ley no se garantiza mejor cuando su voluntad se manifiesta a través de un acto impuesto unilateralmente por los órganos competentes, que cuando se emplean técnicas convencionales, que permiten un diálogo sobre los hechos con relevancia tributaria y su calificación en orden a resolver las incertidumbres o inseguridades planteadas.

El empleo en los procedimientos tributarios y aduaneros, de las “*técnicas transaccionales*” a las que se viene haciendo referencia, usualmente suele justificarse en consideraciones de eficacia, que es tan habitual como injustificable despreciar, aduciendo un excesivo pragmatismo.

¿Por qué? Porque el “*principio de eficacia*”, es un “principio jurídico”, que forma parte del orden constitucional de valores, y es en tal sentido que prestigiosa doctrina (Agudo, 2013) (Barnes, 2011) (Camacho, 2000) (Descalzo, 2012) (Doménech, 2013) (Estévez, 1990) (Gardais, 2002) (Martín, 1994) (Parejo Alfonso, 1989) (Roldán, 2012) (Schmidth y Assmann, 2010) (Vignolo, 2011), pese a su carácter genérico o en gran medida indeterminado, lo han considerado como un “*principio vinculante*”, que se traduce en un mandato – deber para la Administración de proceder de conformidad con el mismo, de modo que

la utilización de “*técnicas transaccionales*” en los procedimientos tributario - aduaneros puede, sin estigma alguno, justificarse también por razones pragmáticas – y no por ello de menor valor jurídico – relacionadas con la *eficacia*.

Y quizás – en último término – convenga advertir que si se quiere que la aceptación de dichas “*técnicas transaccionales*” produzcan sus efectos positivos y no generen disfunciones indeseables, será necesario también que se vayan generando nuevas formas de comportamiento adecuadas y favorecedoras de la actuación convencional, esto es, que se patrocine la implantación de una “*novel cultura administrativa*”, que seguramente demande, a su vez, nuevas formas de organización de la Administración Aduanera.

Aún más, en este proceso, tienen también una importancia decisiva, los factores políticos, sociológicos y psicológicos, centrados en ofrecer a los ciudadanos la convicción de que el sistema funciona mejor mediante la “autocomposición” (Arana Landín, S., 2008, p. 214).

VI. Los *Estudios de Valor y Vinculación*

1. A modo de avance conceptual. Implicancias fiscales de la valoración de las mercancías

Una incorrecta *valoración aduanera* puede acarrear problemas en la base gravable para la importación, y sus consecuencias fiscales y financieras, serán – seguramente – considerables (Labandera, 2012).

Si el valor de las mercaderías está por encima del declarado, a los efectos aduaneros; la discrepancia provoca – automáticamente – una liquidación por diferencias en materia de tributos efectivamente abonados.

De igual manera, si la “declaración de importación” y el documento (y su consiguiente “declaración jurada” suscrita por el importador) con que se ingresa una mercancía refleja un valor superior al de la mercadería correspondiente, la Autoridad Aduanera puede validar la deducción de esa diferencia hasta el monto que ha sido oportunamente declarado en exceso (Labandera, 2012).

Es por ello que, en general, una mala operación en las actividades de *valoración aduanera*, puede determinar que el importador pague más tributos a la importación, o que deduzca menos de los que corresponde en materia de imposición a la renta (Lucas y Labandera, 2003).

En otros casos, se expone a multas, recargos y sanciones por parte de las Autoridades Aduaneras y Fiscales, lo que igualmente puede resultar gravoso y perjudicial, tanto en los aspectos fiscales, financieros, jurídicos y reputacionales.

De ahí la conveniencia de evaluar la recurrencia a instrumentos y mecanismos de previsión, que eviten o minoren cualquier contingencia existente al respecto.

2. La *ratio essendi* de los *Estudios de Valor y Vinculación*. Su importancia como "instrumento preventivo"

Otro instrumento de "carácter preventivo" con que cuenta la legislación aduanera para lograr certeza y seguridad jurídica, son los *Estudios de Valor y Vinculación*.

Dichos *Estudios*, consisten fundamentalmente en el examen del "valor en aduana"⁴⁷ que se declara – formalizado mediante una "declaración jurada"⁴⁸ – por parte del importador y el exportador frente a la DNA⁴⁹, y de cuya consistencia y adecuación normativa son responsables directos éstos últimos sujetos⁵⁰ (en tal sentido, cabe recordar que – en principio – no lo son, por expresa exclusión legal, los despachantes de aduana⁵¹, salvo que se pruebe su participación en la maniobra infraccional correspondiente⁵²), incluido el propio Estado, si se tratare de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial⁵³.

Los mismos pueden concentrarse únicamente en el análisis de cumplimiento de todos los requisitos exigidos para que el "valor en aduana" oportunamente declarado por el importador, sea aceptado como "valor de transacción" (Lucas y Labandera, 2003, pp. 415-446) a la luz de la normativa vigente⁵⁴, o – tanto de manera complementaria, como exclusiva – centrarse en el examen de la "vinculación aduanera" y su eventual influencia en el valor declarado⁵⁵ (Labandera, 2012).

De ahí que los referidos *Estudios* puedan ser considerados como *Estudios de Valor*, únicamente, o como *Estudios de Valor y Vinculación*.

Estos *Estudios*, cuya presentación ante la DNA es – como regla – facultativa, puede llegar a ser *cuasi* (e indirectamente) preceptiva, ante la detección en un control aduanero de inconsistencias o irregularidades en las referidas "declaraciones juradas"⁵⁶.

Habitualmente, cuando la DNA constata – vía un procedimiento de fiscalización, vía denuncia de un competidor, o vía "plan de inspección" – que puede llegar a existir alguna inconsistencia en la "declaración del valor en aduana" correspondiente, entonces suele requerir de los contribuyentes la presentación de un *Estudio de Valor*, y de no obrar éstos en el sentido petitionado, la DNA procede a realizarlo a través de sus Servicios técnicos, con lo que ello implica para los particulares.

En este sentido, cabe recordar que – al tenor de lo preceptuado por disposiciones de carácter multilateral⁵⁷, oportunamente internalizadas a través de la Ley N° 16.671 – la

47 En tal sentido, cabe consignar que el valor en aduana que se declara por parte del importador o exportador de la mercadería, para ser aceptado como tal por parte de la Autoridad Aduanera, debe adecuarse íntegramente a los requisitos exigidos por el "Acuerdo de Valor de la OMC", oportunamente internalizado a nivel nacional por la Ley N° 16.671, y reglamentado – en lo que refiere a la importación definitiva – por el Decreto N° 538/008; y – en lo que respecta a la exportación – por el Decreto N° 32/014.

48 Artículos 65 a 67 del CAROU.

49 Artículo 67 del CAROU y artículos 6 y 7 del Decreto N° 312/998.

50 Artículo 218, numerales 1 y 2, y – eventualmente – 219 del CAROU.

51 Artículo 218, numeral 5 del CAROU.

52 Artículo 218, numerales 1 y 2 del CAROU.

53 Artículo 222 del CAROU.

54 Ver al respecto los artículos 1 y 8 del "Acuerdo de Valor" de la OMC.

55 Analizar al respecto, en especial: artículo 15 del "Acuerdo de Valor de la OMC" y la Orden del Día de la Dirección Nacional de Aduanas N° 8/997 de 21 de febrero de 1997.

56 En tal sentido, cabe consignar lo previsto en la Resolución General de la Dirección Nacional de Aduanas N° 78/2016. Ver en: https://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/v/16585/1/innova.front/resolucion-general-78_2016.html, (última vista: 23/10/2022).

57 En especial el artículo 17 del "Acuerdo de Valoración Aduanera" de la OMC.

DNA se encuentra expresamente facultada para proceder en dicho sentido, con las limitaciones que la normativa general exige (*verbigracia*: debida motivación del acto que lo exige, respeto integral a las garantías de los administrados, etc.), circunstancia que es ratificada – a nivel doméstico – por los **artículos 73 y 74 del CAROU**.

De conformidad con lo señalado por el **artículo 17 del "Código de Valoración"** (*"Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del GATT de 1994"*) (o **"Acuerdo de Valor"**), *"Acuerdo"* que recoge toda la normativa en materia de *valoración aduanera* respecto de la importación, resultante de la *"Ronda Uruguay del GATT"*, y oportunamente internalizado por nuestro país mediante la **Ley N° 16.671** y el **Decreto N° 538/2008**: *"ninguna de las disposiciones (del Acuerdo) podrá interpretarse en un sentido que restrinja o ponga en duda el derecho de las Administraciones de Aduana de comprobar la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración presentados a efectos de valoración aduanera"*.

Por su lado, en el **numeral 6 del Anexo III del "Acuerdo"** se señala que *"El artículo 17 (...) reconoce, por tanto, que pueden realizarse investigaciones con objeto, por ejemplo, de comprobar si los elementos del valor declarados o presentados a las autoridades aduaneras en relación con la determinación del valor en aduana son completos y exactos"*.

Sobre el particular, a su turno, el *Comité de Valoración en Aduana del Consejo de Comercio de Mercancías* de la OMC, (en adelante el *"Comité de Valoración"*⁵⁸) compuesto de representantes de cada uno de los Miembros, y el *Comité Técnico de Valoración en Aduana* de la OMC (en adelante el *"Comité Técnico"*⁵⁹), han precisado lo siguiente:

- **Decisión 6.1.**⁶⁰ *"Cuando le haya sido presentada (a la autoridad aduanera) una declaración y la Administración de Aduanas tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados como prueba de esa declaración, la Administración de Aduanas podrá pedir al importador que proporcione una explicación complementaria, así como documentos u otras pruebas de que el valor declarado representa la cantidad total efectivamente pagada o por pagar por las mercancías importadas, ajustada de conformidad con las disposiciones del artículo 8"*.
- **Opinión Consultiva 19.1.**⁶¹ *"(...) Sería erróneo deducir que otros derechos de las Administraciones de Aduana que no se mencionen en el artículo 17 o en el párrafo 6 del Anexo III quedan, implícitamente, excluidos. Los derechos que no se mencionan expresamente en el Acuerdo, lo mismo que los derechos y obligaciones de los importadores y de las Aduanas en la determinación del valor en aduana dependerán de las leyes y reglamentos nacionales"*.

58 Instituido por el **artículo 18.1 del "Acuerdo de Valor"**.

59 Implementado por el **artículo 18.2 del "Acuerdo de Valor"**, funciona bajo los auspicios de la *Organización Mundial de Aduanas* (OMA).

60 Uno de los instrumentos jurídicos mediante los cuales se expide el *"Comité de Valoración en Aduana de la OMC"*, son las *"Decisiones"*.

61 A su vez, los instrumentos jurídicos mediante los cuales se expide el *"Comité Técnico"*, son las *"Opiniones Consultivas"*.

3. Los diferentes escenarios posibles

De lo expuesto, podríamos distinguir hasta **dos situaciones distintas**:

- el inicio de una investigación debido a que la Autoridad Aduanera tiene motivos para dudar de la veracidad o exactitud de aquellos datos o documentos de sustento del valor declarado, y;
- aquellas acciones que debe llevar a cabo la Autoridad Aduanera, luego que decidió iniciar el procedimiento de investigación.

¿Cuáles son los supuestos que justifican el inicio de una investigación del valor declarado?

- Teniendo en cuenta las disposiciones del "*Acuerdo de Valor*" y los criterios fijados tanto por el "Comité de Valoración" como por el "Comité Técnico", cabe concluir que el inicio de un procedimiento de investigación del valor declarado debería tener su origen en la necesidad, por parte de la Autoridad Aduanera, de determinar la "veracidad o exactitud de datos o documentos que son proporcionados por el importador" mediante la "declaración aduanera" (información consignada en la propia solicitud o que se desprende de documentos complementarios a dicha "declaración").
- Como se aprecia, la norma parte del supuesto que mediante la "declaración aduanera" (*rectius*: "*declaración de mercadería*"⁶²) el importador se encuentra en la obligación de decir la verdad (ser veraz) y proporcionar datos que sean fieles respecto a dicha verdad (ser exacto).
- Esto no es más que la manifestación de dos "principios" que son pilares del comercio exterior: el "**principio de buena fe**" y el "**principio de transparencia**" (Cotter, 2018, pp. 63-64)⁶³ y su correlato lógico, la "**presunción de veracidad**".
- Así, si partimos del hecho que en el importador reposa una presunción legal en el sentido que éste actúa de "buena fe" y que, en tal virtud, sus "declaraciones" responden a la verdad, concluiremos que cuando la Autoridad Aduanera encuentra motivos para dudar de la "declaración" efectuada, lo que en el fondo se está haciendo es romper la presunción a favor del importador.
- Tal situación como es lógico (en atención a su trascendencia) obligaría a la Autoridad Aduanera a sustentar debidamente la razón por la cual se aparta de los "principios" rectores del comercio exterior a que hemos hecho referencia (Canos Campos, T., 2008, 44-59).

Ahora bien, ¿qué supuestos de hecho podrían justificar que la Autoridad Aduanera actúe de este modo?: sustancialmente, la existencia de algún cuestionamiento vinculado a la documentación que se presenta al momento de efectuar la "declaración aduanera de valor", esto es: la factura comercial, el costo del seguro, y el documento de transporte. Las

62 Artículos 65 y 66 del CAROU.

63 En similar sentido, véase: "*Acuerdo de Facilitación de Comercio de la OMC*", internalizado por nuestro país mediante la Ley N° 19.414 de 30 de julio 2016, y oportunamente reglamentado por los Decretos N° 252/015 de 23 de septiembre de 2015 y N° 156/017 de 12 de julio de 2017.

dudas para la Autoridad Aduanera, entonces, podrían provenir de datos consignados en estos tres documentos.

4. A modo de conclusión

En resumen, si de lo que se trata es de procurar aplicar en la mayor medida de lo posible el “**método de valor de transacción**” (el propio “Acuerdo de Valor”, en su *Preámbulo* dispone ello), es decir, de valorar las mercancías con sujeción a las características intrínsecas de una transacción en particular (venta para la exportación al país de importación) respecto de unas mercancías en particular (mercancías objeto de valoración), resultaría coherente que el inicio de una investigación respecto del valor declarado, sea consecuencia de dudas motivadas, que surjan para la Autoridad Aduanera del análisis de los datos, información o documentos presentados por el importador en un despacho de importación determinado (aquél mediante el cual se destinan y someten a la potestad aduanera las mercancías objeto de *valoración* a que hacen referencia tanto la “declaración aduanera” como la documentación adicional presentada junto con ella) (Lucas y Labandera, 2003).

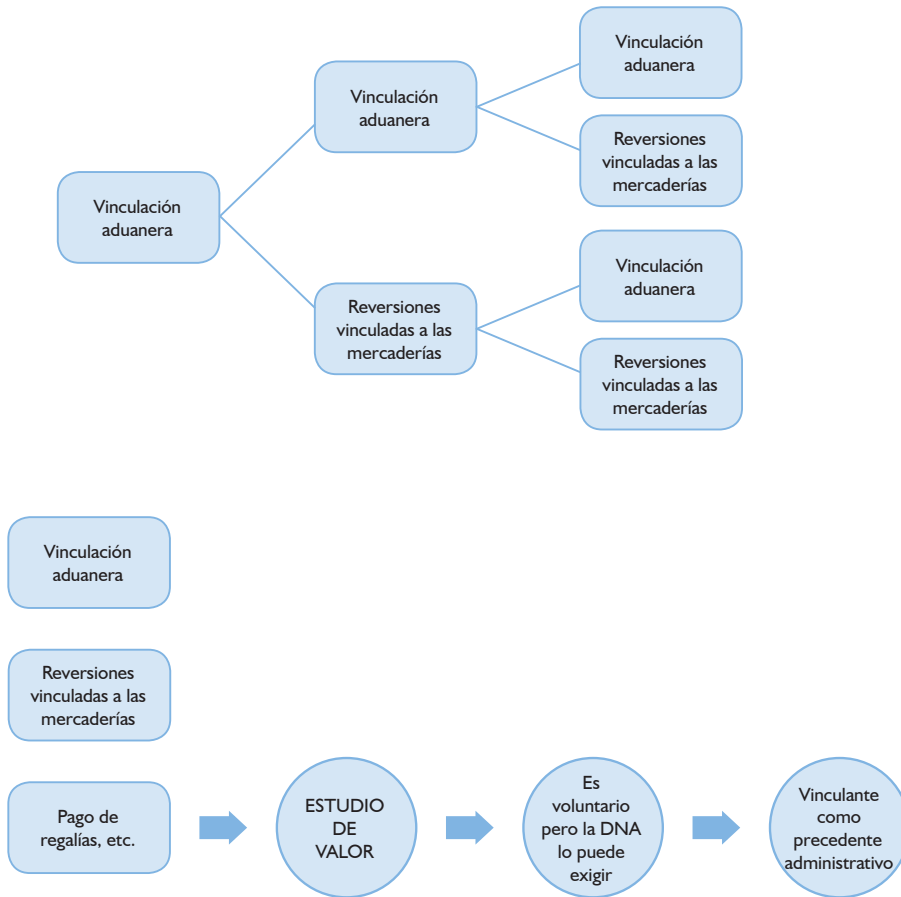
Las circunstancias más frecuentes que suelen generar controversias frente a la DNA en materia de *valoración aduanera*, son las siguientes:

- La existencia de “vinculación aduanera” entre proveedor e importador, y su eventual influencia en el “valor de transacción”;
- La existencia de reversiones posteriores, pagos por diferentes conceptos, vinculados a las mercaderías respectivas, que no son oportunamente incluidos al momento de declarar el valor de transacción;
- El pago de regalías, royalties, derechos de licencia, etc., asociados a los bienes respectivos, que además son condición de la venta y no fueron oportunamente incluidos en el precio respectivo, y;
- El pago de comisiones de venta por parte del importador, en relación a las mercaderías objeto de dichas operaciones.

Estas y otras circunstancias que pueden aparejar eventuales contingencias, suelen ser detectadas a tiempo, si es que el contribuyente opta por elaborar y presentar para su validación ante la DNA un *Estudio de Valor y Vinculación*, en forma previa, todo lo cual le permitirá detectar las potenciales irregularidades, preverlas y/o solucionarlas, estableciendo una estrategia de cómo proceder al respecto frente a la DNA, si es que se originara en el futuro un proceso de inspección.

En definitiva, una vez presentado el *Estudio de Valor y Vinculación* (o realizado por la DNA), se “dispara” un proceso de discusión técnica y eventual negociación con la Administración, que finaliza indefectiblemente con una Resolución de la DNA, “vinculante” para ambas partes, y eventualmente recurrible por parte del consultante.





Referencias bibliográficas

- Agudo González, J. (2013) Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, Zaragoza, Accesible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4486255> (visualizado el 20/10/2022).
- Alais, H. (2008). *Los principios del Derecho aduanero*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Alberdi, J. (1981). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. 4ª Edición. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra.
- Altamirano, A. (2012). *Derecho Tributario. Teoría General*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Arana Landín, S. (2008). *Factores que inciden en el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias*. Madrid. Editorial Dykinson, S.L.
- Bajac, L. (1987). Determinación sobre Base Presunta. *Revista Tributaria* N° 71, Tomo XIV. Montevideo. Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios (IUET).

- Barnes Vázquez, J. (2011). *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo, 1ª. Edición*. Sevilla. Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo. Accesible en: https://www.researchgate.net/publication/280529470_Las_transformaciones_cientificas_del_Derecho_Administrativo_Historia_y_retos_del_Derecho_Administrativo_contemporaneo_Libro_en_formato_electronico_en_pdf. (visualizado el 20/10/2022)
- Bergstein, J. (1997), *Facultades de la Administración para la Determinación de Tributos. Revista Tributaria Número 140*. Montevideo. IUET.
- Bergstein, J. (2018). *Buena Fe y Derecho Tributario*, Montevideo. LA LEY URUGUAY.
- Blanco, A. (1999). La consulta vinculante: naturaleza jurídica, efectos de su planteo y silencio administrativo. *Revista Tributaria, Tomo XXVI N° 148*. Montevideo. IUET.
- Brito, M. (2009). Caracteres de los Principios Generales de Derecho en el Derecho Administrativo Uruguayo. *Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo* (pp. 13-29), Montevideo. Amalio M. Fernández.
- Caicedo Medrano, A. (2009) El principio de confianza legítima en las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia. Bogotá. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, U de A, N° 1, Año 1*.
- Cajarville Peluffo, J. (1988) La Consulta en el Código Tributario. *Anuario de Derecho Tributario, Tomo I*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J. (2007). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II*. Montevideo, 2007 Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Camacho Cepeda, G. (2000). Los principios de eficacia y eficiencia administrativas. *Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, La Administración del Estado de Chile, decenio 1990-2000*. Santiago de Chile. Editorial Conosur Ltda. Accesible en: http://www.academia.edu/28989746/Los_principios_de_eficacia_y_eficiencia_administrativas_2000_ (visualizado el 20/10/2022).
- Cano Campos, T. (2008). *Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador*. Madrid. Editorial Civitas.
- Castillo Blanco, F. (1998). *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Cotter, J. (2010). El Código Aduanero del Mercosur, aprobado por Decisión N° 27/2010 del Consejo del Mercado Común. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, N° 63*. Bogotá.
- Cotter, J. (2013). La confianza legítima y el derecho aduanero. *Revista de Estudios Aduaneros, Revista N° 21, Segundo Semestre de 2010 – Primer Semestre de 2013* (pp. 65-78). Buenos Aires. Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, accesible en: <http://www.iaea.org.ar/global/img/2013/12/J.-Cotter-La-confianza-leg%C3%ADtima.pdf> (visualizado el 16/10/2022).
- Cotter, J. (2018). *Derecho Aduanero y Comercio Internacional*. Buenos Aires. Guía Práctica – Ediciones IARA S.A.

- Coviello, P. (2004). *La Protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado*. Buenos Aires. LexisNexis – Abeledo Perrot.
- Delpiazzo, C. (2009). Recepción de los Principios Generales de Derecho por el Derecho Positivo Uruguayo. *Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo* (pp. 31-58). Montevideo. Editorial Amalio M. Fernández.
- Descalzo González, A. (2012). Eficacia Administrativa. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2. Accesible en: http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/03/14-Eunomia2-Descalzo_final.pdf (visualizado el 20/10/2022)
- Doménech Pascual, G. (2013). El impacto de la crisis económica sobre el método jurídico (Administrativo). PIÑAR MAÑAS, J., (Coord.) *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho Administrativo, Actas del XIX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo Universidad San Pablo-CEU, 18 a 20 de octubre 2012*. Madrid. Accesible en: http://www.academia.edu/9773635/El_impacto_de_la_crisis_economica_sobre_el_metodo_juridico_administrativo_ (visualizado el 20/10/2022).
- Durán Martínez, A. (2007). *Contencioso Administrativo*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Echeverría Petit, J. (2011). Seguridad Jurídica y Proliferación Legislativa. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo – María Cristina Vázquez Pedrouzo (coordinadora)* (pp. 1021-1048). Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Estévez Araujo, J. (1990). La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, Barcelona. Accesible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142181> (visualizado el 20/10/2022).
- Faget, A y Varela, A. (1985). La Prueba del Contribuyente en Contra de la Determinación sobre Base Presunta. *Revista Tributaria*, Tomo XII, N° 69. Montevideo. IUET.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*. Madrid. Editorial Trotta.
- Galiana Saura, A. (2003). *La legislación en el Estado de Derecho*. Madrid. Editorial Ed. Dykinson.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (1998). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid. Editorial Civitas.
- García Novoa, C. (2000). *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Madrid. Editorial. Marcial Pons.
- García, J. (2002). *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Civitas.
- Gardais Ondarza, G. (2002). El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizable. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII. Chile. Accesible en: www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/511/479 (visualizado el 20/10/2022).

Gutiérrez, A. (2011). La consulta tributaria y el debido proceso. *Revista CADE*, Año 3, Volumen 12, Montevideo. Ed. CADE.

Jinesta, E. (2014). Principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas. *Constitución y Justicia Constitucional*, Costa Rica. Accesible en: http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/PRINCIPIOS%20CONSTITUCIONALES%20DE%20EFICIENCIA%20EFICACIA%20Y%20RENDICION%20DE%20CUENTAS%20DE%20LAS%20ADMINISTRACIONES%20PUBLICAS.PDF (visualizado el 20/10/2022).

Juan Lozano, A. y Fuster Asencio, C. (2016). *Buena Administración Tributaria y Seguridad Jurídica: Cumplimiento Tributario y Aplicación del Sistema como Factores de Competitividad y Legitimidad*. Documento N° 5/2016. Univeristat de Valencia. Instituto de Estudios Fiscales.

Labandera, P. (2000). El control *a posteriori* en materia aduanera: ¿sensatez administrativa o discrecionalidad desmedida? *Revista de Comercio Exterior y Aduana* N° 6. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.

Labandera, P. (2002). Teoría de los actos propios y su aplicación en el Derecho Aduanero. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año I (2002) N° 2, Sección *Jurisprudencia comentada* (pp. 90-101). Montevideo. Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo.

Labandera, P. (2012). La nueva regulación proyectada en materia de Derecho Aduanero: el Código Aduanero del Mercosur y el Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. *Revista La Ley Uruguay*, Año V, N° 11. Montevideo. Editorial LA LEY Uruguay.

Labandera, P. (2012). El valor en aduana y los ajustes por concepto de vinculación. Una contingencia de enorme relevancia tributaria. *Revista Consultor Tributario*, setiembre 2012, Año II, N° 9, Sección *Doctrina*. Montevideo. Editorial LA LEY Uruguay.

Labandera, P. (2017). Los Puertos y aeropuertos libres a la luz del nuevo Código Aduanero Uruguayo (CAROU). Algunos problemas jurídicos que se presentan. *Revista de Derecho Marítimo y Portuario*, Número 1 – Año 2017. Montevideo. Editorial LA LEY Uruguay.

Labandera, P. (2021). *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado y Concordado. Tercera Edición Ampliada y Actualizada*. Montevideo. Editorial LA LEY Uruguay.

Labandera, P. (2021). El “Principio de Confianza Legítima” en el Derecho Aduanero. *Derecho Tributario y Aduanero: Aspectos relevantes y los procedimientos y en la Era Digital* (pp. 597-640). Lima. Ministerio de Economía y Finanzas de Perú – Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero.

Laboure Alesires, C. (2013). El Procedimiento de Consulta Tributaria. *Revista de Derecho Público – Año 22 – Número 43*. Accesible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/43/archivos/Laboure.pdf> (visualizado el 2/10/2022).

Lorenzetti, R. (2016). *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Montevideo. Editorial LA LEY Uruguay.

- Lucas, G. y Labandera, P. (2003). El valor en aduana de las mercancías. Su regulación a nivel multilateral y nacional. *Revista Tributaria*, Tomo 30, N° 175, julio – agosto de 2003 (pp. 415-446). Montevideo. IUET.
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martín Mateo, R. (1994). El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total. *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Accesible en: www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM... (visualizado el 20/10/2022)
- Martino, A. (1977). La contaminación legislativa. *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*. Consultado en: http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com_content&task=view&id=67&Itemid=88. Fecha de consulta: 16/10/2022.
- Mazz, A. (2007). *Curso de Derecho Financiero y Finanzas, Tomo 1, Volumen 2, Tercera Edición*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Montero Traibel, J. (2006). *Derecho Tributario Moderno, Tomo II*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Parejo Alfonso, L. (1989). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública." *Revista Documentación Administrativa*/n° 218-219 (abril - septiembre). Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Accesible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5526> (visualizado el 20/10/2022).
- Parejo Alfonso, L. (1995). *Eficacia y Administración. Tres Estudios, 1ª. Ed.* Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, Boletín Oficial del Estado.
- Peirano Facio, J. (1986). El Principio de Legalidad en el Derecho Tributario Uruguayo. Montevideo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*.
- Peirano Facio, J. (1999). La consulta en el Modelo de Código Tributario para América Latina. *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa, Volumen 2*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Pérez Novaro, C. (1998). Los Acuerdos tributarios en el proceso de determinación de oficio de la obligación tributaria", en *Revista Tributaria, Tomo XXV, Número 142*. Montevideo. IUET.
- Real, A. (2001). Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya. A.A.V.V. *Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Villalba, G. (1995). Facultades de la Administración en Materia de Comprobación e Investigación. *Ponencia presentada al II Seminario Iberoamericano de Derecho Tributario*. Montevideo, IUET.
- Rodríguez Villalba, G. (1999). La consulta tributaria en la legislación uruguaya. *Revista Tributaria, Tomo XXVI N° 151*. Montevideo. IUET.

- Roldán Xopa, J. (2012). *Derecho Administrativo, 2ª. Reimpresión*. México, D.F. Oxford University Press.
- Rondón De Sanso, H. (1998). El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano. *El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra, Caracas*. Accesible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconfianza-legitima> (visualizado el 8/10/2022).
- Sáinz Moreno, F. (1995). Problemas actuales de la técnica normativa. *Anuario Jurídico de La Rioja, 1*. Universidad Complutense de Madrid.
- Schmidt - Assmann, E. (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática. 1ª. ed. en español*, Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Editorial Marcial Pons.
- Shaw, J. (1994). Análisis Crítico de la Modificación de las Normas de Determinación sobre Base Presunta del artículo 66 del Código Tributario. *Anuario de Derecho Tributario, Tomo III*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Uckmar, V. (2002). *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*. Bogotá. Editorial Temis.
- Valdés Costa, R. (1976). Deberes de la Administración Tributaria con el Contribuyente. *Revista Tributaria, Tomo III, N° 15*. Montevideo, IUET.
- Valdés Costa, R. (1985). *El Derecho Tributario como Rama Jurídica Autónoma y sus Relaciones con la Teoría General del Derecho y las Demás Ramas Jurídicas*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Valdés Costa, R. (1987). Los Acuerdos entre la Administración y los Contribuyentes", en *Revista Tributaria, Tomo XIII, Número 71*. Montevideo. IUET.
- Valdés Costa, R. (1996). *Instituciones de Derecho Tributario*. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- Valdés Costa, R. – Valdés de Blengio, N. – Sayagues Areco, E. (2002). *Código Tributario de la República Oriental del Uruguay, Comentado y concordado, Quinta edición*. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Viana Cleves, M. (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá. Ediciones de la Universidad de Externado de Colombia.
- Vignolo Cueva, O. (2011). La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. XLIV, núm. 131, mayo - agosto*, Distrito Federal, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Accesible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42721161010> (visualizado el 20/10/2022).
- Villar Palasi, J. y Villar Ezcurra, J. (1993). El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre en nuestro Derecho. *Volumen colectivo homenaje a Jesús González Pérez, La protección jurídica del ciudadano, Tomo I*. Madrid. Editorial Civitas.

- Villegas, H. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Tomo Único. 7ª Edición ampliada y actualizada*. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar*. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Zornoza Pérez, J. (1985). Interpretación administrativa y consulta tributaria. REDF- N° 47 – 48. Madrid. Editorial Civitas.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

ELISA MARÍA MARTÍNEZ MARURI

Universidad de la República (Uruguay)

Abogada profesional independiente

Abogada asociada en Fernández Secco & Asociados

elisamartinez18@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9494-9510>

Recibido: 30/10/2022 - Aceptado: 24/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Martínez Maruri, Elisa María (2022). El uso de imagen de los menores de edad y las redes sociales.

Revista de Derecho, 21 (42), 87-104. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.5>

El uso de imagen de los menores de edad y las redes sociales

87

Resumen: En los últimos años, el mundo ha sufrido una radical transformación de los medios de comunicación existentes, especialmente por la aparición de las redes sociales. Esto, no solo ha cambiado la forma de comunicación de las personas, lo que ahora es constante y al instante, sino que también ha modificado la manera en que se realiza publicidad, creándose una nueva figura a estos efectos denominada comúnmente “influencers”. Lo que antes se hacía por medios clásicos (televisión, radio, diarios, etc.) ahora se le suma la publicidad por redes sociales. En este contexto (así como en contextos donde no se realiza publicidad), se da muchas veces el uso de imagen de los menores de edad en las redes sociales, lo que a veces lleva a una exposición que podría considerarse que vulnera su privacidad y su honor, aún cuando esto es realizado por sus padres. Por lo anterior, es que se vuelve relevante analizar en qué posición están estos menores de edad en relación con sus derechos para con sus padres, ante este uso “excesivo” de su imagen y detalles de su vida privada.

Palabras clave: menores de edad, uso de imagen, redes sociales, privacidad, honor.

The use of minors' images and social networks

Abstract: Over the past years, the world has suffered a radical transformation of the existing means of communication, especially due to the appearance of social media. This has change, not only the way of communication between people, but also the way in which publicity is done, emerging a new figure usually known as “influencers”. What was done before by classical means (TV, radio, newspapers, etc.) is now also done through social media. In this context (and also contexts in which no publicity is done) the image of under-aged people are used in social media, what derives in an exposition that may violate their privacy and honor, even when this is done by their parents. In this way, it is relevant to review in which position are these under-aged in regard to their rights for the “excessive” use of their image and details of their private lives, by their parents.

Keywords: minors, image use, social media, privacy, honor.

O uso de imagens de menores e redes sociais

Resumo: Nos últimos anos, o mundo passou por uma transformação radical da mídia existente, especialmente devido ao surgimento de redes sociais. Isto não só mudou a maneira como as pessoas se comunicam, que agora é constante e instantânea, mas também modificou a maneira como a publicidade é feita, criando uma nova figura comumente conhecida como “influenciadores”. Ao que antes era feito através da mídia tradicional (televisão, rádio, jornais, etc.) juntou-se agora a publicidade através das redes sociais. Neste contexto (assim como em contextos onde não há publicidade), o uso de imagens de menores nas redes sociais freqüentemente ocorre, o que às vezes leva a uma exposição que pode ser considerada uma violação de sua privacidade e honra, mesmo quando isto é realizado por seus pais. Portanto, torna-se relevante analisar a posição desses menores em relação aos seus direitos em relação aos seus pais, diante desse uso “excessivo” de sua imagem e dos detalhes de sua vida privada.

Palavras-chave: menores, uso de imagem, redes sociais, privacidade, honra.

1. Introducción

En nuestro país, el Derecho de imagen de las personas se encuentra regulado en los artículos 19 a 21 de la Ley de Derechos de Autor, No. 9.739 del 17 de diciembre de 1937, la que fue modificada posteriormente por la Ley 17.616 del 10 de enero del 2003 (en adelante la "LDA"). Históricamente, estas disposiciones han servido para regular las cuestiones atinentes al uso de imagen de terceras personas plasmadas en, por ejemplo, fotografías o videos y para su uso en distintos ámbitos, como ser programas de televisión, informativos, publicidades, retratos de pintura, obras de teatro, etc.

Sin embargo, desde principios del Siglo XXI ingresamos a nivel mundial a una era digital que evidentemente fue potenciada por el desarrollo de las plataformas on-line y las redes sociales. Esto ha desafiado enormemente las normas que regulan los derechos de las personas cuyas imágenes son utilizadas en estos medios. Tal como se mencionó, las normas que existen en nuestro país relativas a este tema, aunque actualizadas en 2003, son del año 1937 y fueron concebidas en momentos en los que estábamos lejos de la situación que nos encontramos hoy a nivel de exposición.

Así es que nuestros jueces han entendido en todos estos años en casos en los que se vulneraron derechos de imagen en la forma "tradicional", apelando a las normas generales en la materia tanto nacionales como internacionales. Sin embargo, no podemos desconocer que implica un desafío pensar en vulneración de derechos de imagen cuando se trata del uso en redes sociales, como ser Facebook, Instagram y TikTok (por nombrar las más conocidas en nuestro país). En estos casos, los límites se esfuman y entran a jugar otro tipo de derechos y cuestiones, como ser el Derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor, entre otros. En este contexto es que aparecen los actores principales que operan en las redes sociales y que generan todo un movimiento a un nivel que históricamente fue impensado: los "*influencers*".

Como comúnmente se los conoce, los *influencers* son personas famosas o conocidas en uno o más países por algún aspecto en particular, ya sea porque están insertados en el mundo de los medios o del arte o porque se hicieron conocidos por vender una marca de ropa que tiene posición en el mercado. Así, hay *influencers* que trabajan con marcas por medio de contratos de "canje", o ejecutan contratos comerciales cuyas condiciones implican generalmente la publicidad de determinados productos o servicios que la marca vende para que el *influencer* los promocióne mediante la creación de contenido -ya sea pautado o espontáneo- en las formas allí acordadas a cambio de un precio. Evidentemente parte muy relevante de ese acuerdo implica el uso de la imagen de ese *influencer*, que está de acuerdo con exponerse y mostrarse como contraprestación del contrato con la marca que lo contactó, porque eso es lo que generará conseguir mayores ventas, interacciones con potenciales consumidores y "seguidores", etc.

Sin embargo, muchas marcas tienen un interés específico en la publicidad de sus marcas no solo a través de estos *influencers*, sino también a través de sus hijos o familiares por cuestiones circunstanciales como el uso o destino de los productos que promocionan, típicamente, el caso en que la marca está destinada a tal público, como puede ser ropa, juguetes, o servicios relativos a aspectos educativos o de bienestar infantil. En este sentido, cabe preguntarse ¿qué sucede con el uso de la imagen de estos menores de edad en las redes sociales cuando son expuestos por los padres? Aquí entran en juego una diversidad

de factores: si bien el derecho de uso de la imagen de un menor lo detentan los padres en su ejercicio de la patria potestad, es dable cuestionarse hasta qué punto ellos (o uno de ellos) pueden exponer a ese menor o utilizarlo como herramienta para una finalidad comercial. ¿Esto se limita al derecho de imagen o excede otros factores como los que se mencionaron más arriba, como ser el de intimidad, privacidad, el honor y la dignidad?

En consideración de lo anterior, este trabajo pretende analizar distintos puntos: (i) la regulación normativa en nuestro país de protección a los menores de edad en el uso de su imagen, (ii) las formas más comunes de exposición de los menores de edad en el medio digital; (iii) los derechos a la privacidad o intimidad, identidad, al honor y a la dignidad y cómo juegan en este contexto, y (iv) el consentimiento y las herramientas con las que cuentan los menores de edad para proteger los derechos antes mencionados y cómo se han resuelto algunos casos a nivel internacional.

2. 2. DESARROLLO

2.1. Regulación normativa:

2.1.a. De los derechos de los menores a nivel nacional e internacional:

Para poder comenzar a hablar de la cuestión que nos ocupa, es importante develar en primer lugar cuáles son las normas que existen en el Derecho uruguayo que protegen a los menores de edad en los términos que venimos hablando.

En este sentido, encontramos los artículos 9 y 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823 (en adelante, el “CNA”) que regulan los derechos esenciales de los menores y el derecho a la privacidad de la vida, respectivamente. Estas dos disposiciones normativas son la base sobre la que se analizará si el uso de la imagen de los menores en las redes sociales (aun cuando sea realizado por sus padres) es ilegítimo, especialmente cuando hay un fin comercial mediante. Así el artículo 9 dispone que:

Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, **imagen**, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social;

mientras que el artículo 11 establece:

Todo niño y adolescente tiene derecho a que se respete la privacidad de su vida. Tiene derecho a que no se utilice su imagen en forma lesiva, ni se publique ninguna información que lo perjudique y pueda dar lugar a la individualización de su persona. (Resaltados me pertenecen).

Complementando lo anterior, tenemos el artículo 181 del CNA que dispone que

La exhibición o emisión pública de imágenes, mensajes u objetos no podrá vulnerar los derechos de los niños y adolescentes, los principios reconocidos en la Constitución de la República y las leyes, o incitar a actitudes o conductas violentas, delictivas, discriminatorias o pornográficas.

Por otro lado, existen otras normas como ser la Ley 17.815 del 6 de setiembre del 2004 (Ley de violencia sexual contra niños, adolescentes e incapaces)¹ y el artículo 15 de la Convención Iberoamericana De Derechos De Los Jóvenes aprobada por la Ley 18.270² donde se estipula que los jóvenes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

También está la Ley de protección de datos personales No. 18.331 del 11 de agosto de 2008 (en adelante, la “LPDP”) y la Ley 19.307 del 29 de diciembre del 2014 (en adelante, la “Ley de Medios”) que contienen sus propias disposiciones en torno al tema conforme se verá.

El artículo 4 D) de la LPDP dispone que el dato personal es la “*información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables*”. En nuestro país se ha sostenido pacíficamente que la imagen constituye un dato personal. Así, es que por ejemplo Berdaguer (2021) ha enseñado que: “*Desde el art. 1 de la LPDP se califica a la protección de los datos personales como un derecho “inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”*. Como mencionamos en el Capítulo 3, esta consideración es útil para despejar cualquier duda acerca de la protección constitucional de los datos personales, y dentro de ellos, el derecho de imagen” (pág. 261).

Por su parte, el artículo 31 de la Ley de medios que refiere al Derecho a la privacidad, establece que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la privacidad de su vida. Tienen derecho a que no se utilice su imagen en forma lesiva, ni se publique ninguna información que los perjudique y pueda dar lugar a la individualización de su persona.

En el contexto de hechos delictivos, así como en circunstancias donde se discutan su tutela, guarda, patria potestad o filiación, los servicios de comunicación audiovisual se abstendrán de difundir nombre o seudónimo, **imagen**, domicilio, la identidad de sus padres o el centro educativo al que pertenece **u otros datos que puedan dar lugar a su individualización**.

1 Es una norma que regula especialmente la prohibición de la pornografía infantil, Concretamente los artículos 1,2 y 3: “Artículo 1 (Fabricación o producción de material pornográfico con utilización de personas menores de edad o incapaces). El que de cualquier forma fabricare o produjere material pornográfico utilizando a personas menores de edad o personas mayores de edad incapaces, o utilizare su imagen, será castigado con pena de veinticuatro meses de prisión a seis años de penitenciaría”. “Artículo 2 (Comercio, almacenamiento y difusión de material pornográfico en que aparezca la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o personas incapaces). El que comerciare, difundiere, exhibiere, almacenare con fines de distribución o de consumo habitual, importare, exportare, distribuyere u ofertare material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”. “Artículo 3 (Facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces). El que de cualquier modo facilitare, en beneficio propio o ajeno, la comercialización, difusión, exhibición, importación, exportación, distribución, oferta, almacenamiento o adquisición de material pornográfico que contenga la imagen o cualquier otra forma de representación de una o más personas menores de edad o incapaces será castigado con pena de prisión a dos años de penitenciaría. A los efectos del presente artículo y de los anteriores, se entiende que es producto o material pornográfico todo aquel que por cualquier medio contenga la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o incapaces dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la imagen o representación de sus partes genitales, con fines primordialmente sexuales”. (Ley N° 17.559, de 27 de setiembre de 2002, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía).

2 “Artículo 15. Derecho al honor, intimidad y a la propia imagen. 1. Los jóvenes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. Los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias y formularán propuestas de alto impacto social para alcanzar la plena efectividad de estos derechos y para evitar cualquier explotación de su imagen o prácticas en contra de su condición física y mental, que mermen su dignidad personal.”

En relación con la legislación a nivel internacional, podemos hacer referencia a la Convención de los Derechos del Niño aprobada en nuestro país por la Ley 16.137 del 28 de setiembre de 1990, en tanto sus artículos 3 y 32 contienen disposiciones relevantes para el análisis que nos atañe al presente. Véase el artículo 3: “1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (...)*”³; y el artículo 32: “*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social*”. Resaltado me pertenece.

También podemos hacer referencia los instrumentos internacionales aprobados en el año 1966, los llamados Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen importancia para los derechos de los menores de edad (o de la infancia), y fueron aprobados por la Ley 13.751 del 11 de julio de 1969.

Así, véase que, todas las normas antes mencionadas hablan de que a los menores de edad se les debe reconocer y respetar su imagen, que esta no sea utilizada en forma lesiva, sino que se los proteja en el derecho a su privacidad, el derecho a la no individualización de su persona, y contra la explotación económica.

2.1.b. Del artículo 21 de la LDA y el artículo 72 de la Constitución

Habiendo hecho mención a las normas específicas que regulan la protección de los menores de edad, especialmente relacionado con el uso de su imagen y de la privacidad, podemos ahora aterrizar en la norma madre en cuestiones de uso de imagen, no solo para los menores de edad, sino para todos, que es en definitiva el artículo 21 de la LDA, que dispone en su primer párrafo:

El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores. La persona que ha dado su consentimiento puede revocarlo, resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público, o que se hubieren realizado en público.

Ahora bien, es importante saber qué se entiende por “*retrato*” de la persona y por qué en nuestro ordenamiento se habla del derecho de uso de imagen cuando la norma refiere a “*retrato*”. También entender cómo se concibe el “*poner en el comercio*” el retrato y/o la imagen de una persona.

3 Continúa el artículo: “(...) 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.* 3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada*”.

En relación con el primer punto, se ha pronunciado Berdaguer (2021) distinguiendo entre el plano del derecho sobre el retrato de una persona y el derecho sobre la imagen, señalando que el primero es un derecho

que recae sobre la imagen de una persona, pero con referencia a una imagen objetivada, en el sentido de que la imagen de la persona ha sido captada y se encuentra separada, conceptual y ontológicamente de la persona que está representada. (...) Entonces una cosa es la imagen fijada en el retrato y otra la imagen de la persona como tal. Entre uno y otro plano existe, además de la diferencia obvia entre lo que es una fotografía de un rostro y el rostro, la diferencia entre la protección de un bien inmaterial (como es el retrato) y la protección de un derecho de la personalidad (derecho de imagen) (pp. 107-108).

Continúa el análisis en el entendido que nuestro artículo 21 de la LDA regula la explotación de los derechos sobre el retrato y no un genérico “derecho de imagen”. Sin embargo, en tanto el retrato consiste en una fijación o incorporación concreta de la imagen de una persona, inevitablemente tendrá un vínculo con la persona misma por cuanto la imagen fijada *“es la representación concreta de un atributo de la personalidad de la persona retratada”* (Berdaguer, 2021, Pág. 108).

Por su parte, en este contexto también cabe hacer mención del artículo 72 de la Constitución de la República⁴ respecto del cual se ha enseñado por parte de la doctrina que, comprendiendo en su ámbito de protección a los derechos inherentes a la personalidad humana, queda implícitamente incluido el derecho a la imagen. Esto, de alguna forma habilita a la comprensión de que en nuestro Derecho lo que se regula es un derecho a la imagen y no concretamente del retrato de la persona⁵. En este marco, conviene hacer hincapié en lo expresado por el Dr. Gamarra (1982) quien entendió que: *“La fuente del derecho [de imagen] se encuentra fundamentalmente en esta última norma [Art. 72 de la Constitución], más que en el art. 21 de la Ley de Derechos de Autor (No. 9.739, 17 dic. 1937) que únicamente está dictado con el propósito de regular el conflicto entre el derecho del autor del retrato y el de la persona retratada, por lo que atañe a la divulgación comercial del retrato”* (pág. 113).

Habiendo ya analizado el concepto de “retrato” y el de “imagen”, podemos ahora continuar con el análisis del concepto de “poner en el comercio”.

Al respecto, María Balsa (2001), citando a distintos autores internacionales que definieron el término “poner en el comercio”, expresó:

4 El artículo 72 de la Constitución reza; *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*.

5 Al respecto citamos la posición de la doctrina más prestigiosa de nuestro país. Berdaguer (2021) ha expresado: *“Esa mayor amplitud del concepto del derecho de imagen respecto del derecho sobre el retrato explica que parte de la doctrina uruguaya haya entendido que el derecho de impedir la confección del retrato deriva del derecho constitucional a la propia imagen que está implícito en el art. 72 de la Constitución, lo cual tiene sentido si se entiende que la regulación incluida en el art. 21 LDA (la principal norma vigente durante muchos años) únicamente exige el consentimiento expreso para “poner en el comercio el retrato”, siendo discutible que éste término de la ley incluya la captación de la imagen en un retrato”* (pág. 108). En el mismo sentido María Balsa (2001) se pronunció: *“El artículo 72 comprende en su ámbito de protección a los derechos inherentes a la personalidad humana, dentro de los que queda implícitamente incluido el derecho a la propia imagen (tanto en lo que refiere a su condición de objeto que consiste en una manifestación interior de la persona. (eventualmente superpuesta con la protección otorgada por los derechos a la dignidad, intimidad, privacidad, honor)- así como en su objeto exteriorizable que posee un valor comercial y que es susceptible de apropiación”* (pág. 116). Por último, el Dr. Jorge Gamarra (1982) expuso: *“El derecho a la imagen forma parte de los derechos de la personalidad y es, asimismo, un derecho inherente a la persona humana, en el sentido del art. 72 de la Constitución”*. (pág. 113).

... la jurisprudencia argentina resolvió que las palabras “puesto en el comercio” de la ley 11723 no se refieren solamente a la venta de la propia imagen reproducida en retratos y postales sino también a su aprovechamiento para fines de propaganda, que es una de las formas que hoy caracteriza la publicidad comercial”. Jacques Ravanás entiende por puesta en el comercio “Toda publicación de la propia imagen, ya sea exposición de afiches para su venta en el comercio, reproducción en periódico, revista, cine, TV, etc. La doctrina argentina ha entendido también que dicha frase debe ser interpretada en el sentido amplio, incluyendo “exhibición difusión o publicación, con independencia del objetivo perseguido”. Fernando Igartúa Arregui ha señalado que la utilización de la imagen o el nombre de una persona en publicidad es el caso más claro de vulneración de los derechos personales y patrimoniales del sujeto cuando de explotación comercial se trata. (p. 85).

En esta línea, Berdaguer (2021) analiza que el inciso 1 del artículo 21 de la LDA, solo se refiere a la actividad “poner en el comercio el retrato”, por lo que podría argumentarse que no existe una norma “que establezca la necesidad de obtener el consentimiento expreso, o para otros posibles usos que no sean considerados “poner en el comercio” el retrato, lo que deja afuera (sin ir más lejos) la captación de la imagen en un retrato”. En su nota al pie sobre este comentario agrega que “Esta debilidad del texto fue trabajada por la doctrina y la jurisprudencia nacional procurando ensanchar o expandir los contornos del concepto de “poner en el comercio el retrato” para incluir a cualquier tipo de utilización de la imagen ajena.” (p. 94).

Por su parte, nuestra jurisprudencia nacional también ha analizado este concepto de “poner en el comercio” en cuanto a que dicha expresión debe entenderse en el **sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad**. (Sentencia Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno Nro. 234/2011).

De todo lo anterior, podemos compartir y deducir que “poner en el comercio” implica siempre una exhibición y difusión del retrato (o de la imagen, según el análisis antes realizado de conjugar el artículo 21 de la LDA con el 72 de la Constitución) independientemente de que exista un fin económico.

2.2. Sobre las formas de exposición de los menores de edad en el medio digital

Como se adelantó, el fenómeno de la era digital está generando que algunos padres y madres utilicen la imagen de sus hijos menores de edad para crear contenido en sus perfiles de redes sociales, ya sea con un fin comercial o no. Así, son estos quienes -en el ejercicio de la patria potestad- representan a sus hijos menores de edad y son quienes pueden utilizar o autorizar el uso de su imagen. Por lo que inevitablemente, si uno de sus padres sube contenido de sus hijos en las redes, se asume que es porque está haciendo uso de esta facultad que le confiere el Derecho.

En este estadio, nos encontramos con situaciones diversas, con infinidad de matices que podrán comprender en cada caso concreto una posible vulneración a los Derechos de los menores de edad, en relación con las normas antes citadas, que en la generalidad de los casos comprenden al derecho de la imagen del menor de edad pero que la exceden.

De esta forma, existen padres y madres que comparten contenido de sus hijos por la vía digital pero en la esfera “privada” (aquellos que tienen un perfil privado y que

tienen como “seguidores” o “amigos” a personas que conocen en forma personal); así como padres y madres que lo hacen en una esfera más “pública”, por contar con perfiles públicos al que cualquier persona puede acceder y cuyo contenido no tiene un fin comercial, sino más bien recreativo; y finalmente aquellos que lo hacen en una esfera pública, con un perfil público y con un fin comercial. Es evidente que entre estas tres situaciones existirán matices, pero a los efectos del análisis del presente es importante establecer distintos niveles en la exposición del menor de edad y su finalidad. La razón de ser de las comillas en los términos público y privado es porque, siendo publicaciones en internet, es difícil distinguir entre público y privado, existiendo como es evidente muchos grises.

En los casos que se considere que el fin de compartir esos contenidos no es comercial, entiendo que la posible vulneración de derechos se atenúa por tratarse, en general, de publicaciones cuyo contenido llega a un entorno familiar o amistoso. Tómese el ejemplo de una persona que tiene un perfil privado y sube contenido a Instagram o Facebook de fotos de un cumpleaños familiar. Esto significa que los “seguidores” o “amigos” conocen a quien hace la publicación, y posiblemente también conozcan a sus hijos, y que son capaces de hacer una individualización de esos menores de edad al ver esos contenidos. No es gracias a este contenido en redes sociales que se individualiza al menor por parte de esos destinatarios, siendo la finalidad de alguna forma recreativa sin pretender realizar una publicación que genere gran exposición, reacciones del público, ventas o aumentos de seguidores, por nombrar algunos.

Distinto es el caso de aquellas publicaciones que se realizan desde un perfil público, con “seguidores” o “amigos” que desconocen al individuo y que incluso desconocen a sus hijos y que, de no ser por esos contenidos, no serían personas individualizadas por el público en general. Se trata del caso de los *influencers* que suben contenido de sus hijos o familiares menores de edad. Aquí cabe hacer la distinción entre contenidos realizados por personas “conocidas” o *influencers* con y sin fin comercial, por un punto esencialmente relevante que es el nivel de exposición, a consideración que alguien que puede empezar exponiendo a su hijo en un espectro más pequeño, termine haciéndose más conocido y famoso (a veces por los propios contenidos del menor de edad, ya sea por el uso de marcas de ropa, juguetes, etc.).

En cualquiera de los dos casos, entran a jugar distintos factores aparte del Derecho de imagen, que son la intimidad, la privacidad y el honor del menor, justamente por la dimensión y el alcance que tiene esos contenidos de una persona con miles o millones de seguidores. Dependiendo de cómo sean las condiciones y características en que estos adultos generan ese contenido, se podrá determinar si estos derechos fundamentales se ven comprometidos. Para ello, cabe preguntarse con qué constancia se realiza esa exposición, si es para una campaña publicitaria y en instancias bien concretas o si la propia vida del menor de edad es lo que genera el movimiento en los medios y eso genera como consecuencia el interés de las marcas en utilizar a esos pequeños *influencers* o a sus padres para llegar a ellos.

¿Por qué es distinto y tenemos que apreciar estos detalles para determinar si hay una vulneración a estos derechos? Porque en uno y otro caso, los daños que puedan generarle al menor a corto, mediano y largo plazo, pueden ser distintos, lo que dependerá obviamente del caso concreto

En caso de que una persona utilice la imagen de un menor de edad para campañas publicitarias concretas (por ejemplo, cuando una persona es dueña de una marca de ropa de bebés y niños y usa a su propio hijo/a como “modelo” para promocionar la nueva colección) sería muy difícil para ese menor, probar en un futuro si es que se dio un daño real, una explotación comercial, una exposición que violó su privacidad, su honor, o que generó un avasallamiento de su personalidad. Se utilizó la imagen pero, no existió una reiteración constante ni se pretendió generar una cierta “adicción” en el consumidor de esos contenidos. Se busca que el interés esté en el producto que se vende y no en la persona que lo promociona. De todas formas, si esto se convirtiera en algo reiterado y constante durante el paso del tiempo, cambiaría la perspectiva del caso.

Distinta es la situación en que un menor de edad es expuesto en redes sociales, en forma diaria, con detalle minucioso sobre todos o muchos aspectos de su vida, como ser: las actividades que realiza curricular y extracurricularmente, la ropa que utiliza, los lugares a los que concurre, etc. Esta última situación puede dar lugar a entender que se le está vulnerando su derecho a la privacidad, en la medida en que terceros conocerán detalles de su vida que excedan los que él o ella hubieran querido, no solo llevando a la individualización de la persona, sino también, literalmente, violando su intimidad.

Cabe recordar además que, en el caso de la publicidad tradicional, se ciñe a un guion o propuesta de contenidos prestablecida, pre aprobada por el avisador, sujeta al contralor concomitante y posterior de la agencia de creación de los contenidos y del medio de comunicación masiva empleado para difundirla; que de ordinario se ciñen a estrictos estándares cuando se involucra la participación de menores de edad. Por el contrario, en la creación de contenido digital, prima la improvisación, la intromisión en el ámbito doméstico y la espontaneidad, en donde los riesgos para la privacidad e intimidad de los menores es evidentemente mayor.

La jurisprudencia uruguaya en un caso relacionado con el uso de imagen de menores de edad y vinculado con la Ley de Medios, utilizó el concepto de uso “reiterado”, que vinculó con la difusión del programa Santo y Señá relacionado con la explotación sexual de menores. Si bien no es este el alcance al que aludimos en el trabajo, es interesante ver la importancia que el Tribunal le asignó al hecho de que la transmisión del programa no se había reiterado más de una vez, lo que generó que se calificara de “grave” y no “muy grave” la sanción por dicha difusión. Así se manifestó en el siguiente sentido:

Sostiene el apelante que la emisión de un único programa de una hora y media de duración y avances del mismo, es parte de la programación del servicio de comunicación en un determinado período de tiempo y su emisión, por sí sola, no constituye “difusión de manera reiterada de programación”.- Tampoco lo es la emisión de avances del programa, porque los avances per se, no son parte de la programación tal como se encuentra definida en la Ley 19.307. (...) Asiste razón al demandado en cuanto a que no ha existido difusión reiterada, sino emisión de un único programa. De igual forma le asiste razón en cuanto a que, no cabe calificar la infracción como “muy grave” -ante la ausencia de antecedentes (no existe reincidencia), se trató de una sola emisión del programa- sino de infracción grave, en tanto existió “violación de las obligaciones en materia de los derechos de las personas establecidas en los artículos de la presente ley...”- art.179 literal D).” (Sentencia Tribunal de apelaciones en lo Civil de 3º Turno Nro. 217/2018).

Al respecto nótese también lo expresado en la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno en un caso en el que no solo se tuvo que dilucidar si existía infracción de Derecho de imagen sino también vulneración del derecho a la privacidad:

trae a colación la interpretación que realiza la autora ZABALA DE GONZÁLEZ, de la expresión “poner en el comercio” del art. 31 de la ley argentina No. 11723, que es muy similar a nuestro art. 21 Ley 9739. Al respecto, sostiene dicha autora que la referida expresión debe entenderse en el sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (y no solo la comercial agrega la Ministra en su voto). (Sentencia Tribunal de apelaciones en lo Civil de 2° Turno Nro. 243/2011).

Estos casos jurisprudenciales que analizan estos puntos denotan la importancia que tiene tratar con cuidado la imagen y demás derechos inherentes de la personalidad de los menores de edad. Para ello, será importante analizar qué son estos derechos y por qué entran a jugar en el uso de la imagen de los menores en las redes sociales.

2.3. Vulneración de los derechos a la privacidad, intimidad, identidad, al honor y a la dignidad

Conforme se viene analizando, los padres y/o madres que detentan la patria potestad sobre sus hijos o hijas menores de edad, son quienes pueden autorizar el uso de su imagen. Ahora bien, hoy en día, pueden contraponerse los intereses de los padres y/o madres con las de su hijo o hija menor de edad, como es el caso de exposiciones a niveles macro que exceden lo que ese menor hubiera querido y que incluso lo dañan en su privacidad, generando que personas que no quiere, lo/la individualicen.

97

Por ello es importante analizar también qué son los derechos a la privacidad, a la intimidad y al honor.

Al respecto María Balsa realizó un análisis pormenorizado de estos derechos. Sobre el derecho a la intimidad, se refirió a nuestra jurisprudencia uruguaya que ha sentenciado:

(...) comprende tres aspectos: tranquilidad (derecho a ser dejado en paz), autonomía (libertad de tomar decisiones relacionadas con las áreas de nuestra propia existencia y control de la información personal, quedando comprendidos, de tal modo, importantes aspectos de la existencia humana, eventos puramente personales (entre los que se computarán cualidades, hechos penosos, flaquezas y miserias humanas, etc.).

Continúa el estudio expresando que a su entender:

(...) la violación al derecho a la intimidad o a la privacidad se identifica con la violación al derecho a la propia imagen no solo por la reproducción o difusión del retrato de una persona en pose indecorosa o ridícula, sino también de la modalidad maliciosa, subrepticia o violenta con que se captó dicho retrato. (Balsa, 2001, pp. 32-33).

Luego se pronuncia sobre el derecho a la identidad a través de la divulgación de la propia imagen y cita a Eulalia Amat Llari que lo entiende como “*el derecho a evitar que nuestra imagen se asocie ante los demás a ideas, productos o situaciones que consideren rebajan el concepto que la sociedad tiene de nosotros o que distorsionan nuestra manera de pensar*”. (Balsa, 2001, p. 34).

Por último, analiza el derecho al honor diciendo que es

“la reputación y estima social” en otras palabras la consideración que terceros tienen de una persona”. La jurisprudencia uruguaya ha establecido que el sentido objetivo del derecho al honor refiere a la valoración que otros hacen de la personalidad ético social del sujeto ya que quien es bien valorado por sus semejantes, es merecedor de confianza, de crédito moral, de oportunidades en lo económico y en lo social. Se comprende que el honor en cualquiera de sus manifestaciones, representa para el hombre sinónimo de dignidad y que su pérdida puede importar serias limitaciones. (...) Una violación clara del derecho al honor (superpuesta con la violación del derecho a la imagen) es la reproducción del retrato de una persona en una pose indecorosa o ridícula”. (Balsa, 2001, pág. 34).

Sobre el derecho al honor y la dignidad, se han manifestado nuestros tribunales en el siguiente entendido:

Como ha preconizado el Tribunal Supremo de Madrid, Sala Civil, la base esencial del derecho al honor (...) es la dignidad de la persona, que es menoscabada por el ataque de un tercero. Es evidente que se trata de un concepto relativo y casuista, puesto que subjetivamente cada persona puede tener un propio sentimiento de sí mismo de orden subjetivo (susceptibilidad de cada uno) y objetivamente, debe considerarse una intromisión en el grado objetivo (visto por un sujeto medio) que permita ser entendida como tal. Por lo cual, deben ser atendidos ambos aspectos, siempre de forma casuista y viendo cada caso dentro de su contexto. Y agrega este órgano jurisdiccional español, que en cuanto al carácter injurioso u ofensivo, de las acciones reprochadas, “la potencialidad ofensiva o deshonorosa de una conducta se deba examinar a la luz del contexto, de las concretas circunstancias y de conformidad con la realidad social actual y los valores imperantes en una sociedad democrática”. (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 N° de Recurso: 1564/2012 N° de Resolución: 408/2014 Procedimiento: Casación Ponente: XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ).” (Sentencia Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno Nro. 13/2019).

A su vez, podemos hacer mención a las enseñanzas de Berdaguer (2021) quien ha distinguido el derecho de imagen como un derecho autónomo en relación a otros derechos de la personalidad como el nombre, el honor y la intimidad:

En la misma dirección de destacar dicha autonomía del derecho de imagen ha apuntado nuestra jurisprudencia en forma unánime. Lo que la pretendida autonomía quiere decir en la práctica, es que la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen debe analizarse independientemente de la lesión de otros derechos de la personalidad, en tanto que **puede darse que un mismo hecho lesione varios derechos de la personalidad de un sujeto**, incluido el derecho a la imagen, así como también puede ocurrir que únicamente se lesione el derecho a la imagen sin que al mismo tiempo se esté lesionando otro derecho”. (Resaltado me pertenece). (p. 72).

Por su parte, estos derechos son reconocidos y se han estudiado enérgicamente a nivel internacional:

la Ley de Protección jurídica del menor, en el apartado quinto de su artículo 4 (Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) señala que «los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán⁷⁹ frente a posibles

ataques de terceros». De ambas normas se desprende que los padres tienen un deber de formación e información a sus hijos y, de otro, un deber de actuación y protección en caso de ataques por parte de terceros. Por tanto, podríamos hablar de un deber preventivo (formación) y un deber reactivo (actuación en caso de ataques por parte de terceros). Ambos deberes han de estar en el justo equilibrio en la balanza con los derechos de los menores de protección de datos, intimidad, propia imagen y capacidad de obrar, teniendo en cuenta siempre los límites de edad y criterios de madurez que fija la normativa.” (Davara Fernández De Marco, 2017, pp. 71-72).

A su vez, nótese el análisis previo que se realizó en este trabajo de todas las normas que existen a nivel de protección de menores de edad, en las que se habló del reconocimiento y protección del derecho a la privacidad, intimidad y a la individualización del menor de edad. Al respecto, cabe referirnos a la sentencia del programa de Santo y Seña antes mencionado:

Sostuvo la sentenciante que: “La ley no exige que las niñas hayan sido efectivamente reconocidas.- La vulneración de su derecho a la privacidad se configura con la difusión de audios, imágenes y datos que potencialmente puedan dar lugar a su identificación.- Así surge con claridad de la oración final del primer inciso del artículo 31 de la ley 19.307”.-El Tribunal entiende que en esa línea de pensamiento ha de juzgarse el presente caso.” (Sentencia del Tribunal Apelaciones Civil 3º Turno Nro. 217/2018).⁶

En el mismo sentido, Gamarra (1982) ha entendido:

(...) derecho a la intimidad de la vida privada y derecho a la imagen son dos cosas distintas; vale decir que puede violarse el derecho a la imagen sin que, al mismo tiempo lo sea el de la intimidad, siempre que la tutela de la imagen se extienda también a la vida pública de los sujetos. Es cierto que el derecho a la intimidad de la vida privada puede ser agredido a través del derecho a la imagen;” (pág. 114).

Así continúa agregando: “*Tampoco coincide el derecho a la imagen, que es un derecho autónomo, con el derecho al honor, aunque a veces, como sucede con el derecho a la intimidad, una misma ilicitud pueda violarlos simultáneamente*”. (Gamarra, 1982, p. 116).

Si bien se refirió *ut supra* a las normas concretas que protegen a los menores de edad, contamos con otros instrumentos internacionales como ser: La Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas (art. 12)⁷, el Pacto de San José de Costa

6 Continúa, la sentencia expresando: “Cuando dos derechos fundamentales están en juego -por un lado, el derecho a la libertad de expresión e información, y por otro, el derecho a la intimidad personal de las menores- ha de realizarse un ejercicio de ponderación.- La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 3.1 aporta un criterio de ponderación ineludible al establecer: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

Por ende, en materia de minoridad el interés superior del menor debe ser el principio rector; ello implica que como “sujeto” titular de los mismos derechos fundamentales que los adultos, a la vez que sujeto de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo, tiene una especial protección que debe prevalecer sobre cualquier otra circunstancia.-

(...) En la especie, lo que se alude como “potencialidad” de perjuicio es en realidad, perjuicio actual a la privacidad, que existe con la sola difusión, desde ese momento y hacia el futuro (por ejemplo, grabaciones de archivo que pueden ser vistas ad aeternum). **El régimen legal no exige que los menores sean efectivamente identificados, sino la posibilidad de que lo sean**”. Resaltado me pertenece.

7 Artículo 12 Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Rica (arts. 11, 13.2 y 32)⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al que ya referimos en el capítulo de normativa relevante (art. 19)⁹ que regulan y protegen derechos inherentes a la personalidad humana como ser el honor, la privacidad, la reputación y la dignidad.

No caben dudas que estas normas se pensaron para proteger a las personas -entre otras cosas- en caso de uso de su imagen con o sin fines comerciales como cuando ese uso puede atentar contra la dignidad o el honor de la persona, al decir de Berdaguer (2021) “*en la medida en que estamos ante un avasallamiento de su personalidad*”. (p. 85).

A mi entender, puede perfectamente interpretarse que la explotación o uso de la imagen de los menores en las redes sociales, en forma habitual, profesional y pública, atenta contra estas normas y devenga en un avasallamiento de la personalidad, lo que quedará librado a una posible reparación del daño de ese menor en el futuro, si entendiera que se vulneraron sus derechos, lo que también será difícil de cuantificar porque en gran parte se subsume a un daño moral.

2.4. Sobre el consentimiento, las herramientas con las que cuentan los menores de edad para proteger los derechos antes mencionados y casos a nivel internacional

En relación con el consentimiento del menor para que su imagen y su vida sea publicada, es igualmente relevante distinguir entre aquellos menores de edad que no tienen conciencia de qué implica lo que sus padres y madres hacen cuando sacan fotos o videos y suben ese contenido, de los que sí lo hacen e incluso cuentan con la idoneidad suficiente para entrar a las redes sociales y relevar el contenido existente.

De esta forma, si el menor de edad solicitara expresamente a su padre y/o madre que cese con la publicación del contenido, o manifestara no querer que se lo fotografíe, daría lugar a dos hipótesis en las que no habría dudas que el padre y/o madre están vulnerando los derechos y la voluntad del menor. Si en un futuro se promovieran acciones judiciales, sería más fácil poder probar un daño (moral y/o patrimonial) por dicha exposición e incluso la mala fe de continuar publicitando ese contenido a pesar de la negativa expresa del menor o la menor de edad.

Así como cualquier persona mayor de edad cuenta con las vías de protección judicial para el caso en que alguien vulnere su derecho de imagen (y los restantes derechos de los que venimos hablando) un menor de edad también puede acudir a la justicia para

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 11: “*Protección de la Honra y de la Dignidad* 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” Artículo 13.2: “*El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*”. Artículo 32: 1. *Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.* 2. *Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

9 Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.* 2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* 3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas*”.

detener la exposición de su imagen por parte de cualquier persona e incluso de sus padres. Por supuesto que en el caso de demandar a su padre y/o madre deberá designarse un curador especial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 458 del Código Civil uruguayo¹⁰. Al decir de Howard (2021):

El conflicto de intereses que lleva al nombramiento de un curador especial existe cuando el representante legal se encuentra en una particular situación objetiva o subjetiva tal que no puede valorar adecuadamente el interés patrimonial del incapaz que representa, porque está presente un elemento de perturbación que lo podría llevar a realizar intereses diversos de aquel del representado (pág. 135).

Así, la tendencia a nivel mundial nos muestra que los menores de edad, sufriendo esta brutal exposición por parte de sus padres y/o madres, han trascendido y utilizado las herramientas que su Derecho les brinda.

Tal es el ejemplo del Tribunal de Roma, en Italia, que ha establecido que una madre tendrá que pagar hasta 10 mil euros a su hijo de 16 años si continúa compartiendo “noticias, datos, imágenes y vídeos” en las redes sociales relacionadas con su hijo menor de edad y no procede inmediatamente a la eliminación de todos estos contenidos anteriormente publicados, siendo que esta daba a conocer todos los detalles de su historia familiar y personal en las redes sociales y que existía “presión mediática” por la cantidad de seguidores de su madre. (Barjola, 2019) (Montalto, 2018).

Por su parte, en Francia, existe el riesgo de ser sentenciado a un año de prisión o a una multa de 45.000 euros, si los menores denuncian a sus padres por violación de su privacidad, en tanto la ley francesa exige que los padres protejan la imagen de sus hijos. (La Repubblica, 2016).

En Austria, un joven de 18 años denunció a sus padres por publicar un gran número de fotos en Facebook que retrataban a su hijo en momentos íntimos y privados, sin previa autorización del mismo. Según la legislación austriaca sobre protección de datos, los padres corren el riesgo de tener que pagar una multa de 3.000 a 10.000 euros. (Cagnazzo, 2016).

Por su parte, tenemos el ejemplo de Estados Unidos, que, en el año 1998, aprobó la Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA)³¹, convirtiéndose en una de las primeras normas a nivel internacional centradas en la protección de los menores en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal, en concreto, de los menores de trece años. Para ello, incluye una serie de mecanismos para que los padres puedan controlar la información personal que se recaba de sus hijos, así como una serie de medidas para proteger y dotar de seguridad jurídica la presencia de los menores en Internet¹¹.

En todo este contexto, no quedan dudas que los menores pueden reclamar por el uso de su imagen y de información sobre su vida que su padre y/o madre puede llegar a exponer. Ahí entran a jugar otros aspectos vinculados con los daños sobre los cuales no profundizaremos, pero que sí dejaremos planteados para invitar a la reflexión, como

10 Artículo 458 Código Civil Uruguayo: “Habrà lugar al nombramiento de curadores especiales en los casos siguientes: 1°.- Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres o madres bajo cuyo poder se encuentran”.

11 Texto completo disponible en <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312>.

ser: si podría entenderse mitigado el daño si, por ejemplo, en los casos en que hay una exposición y difusión de la imagen del menor con un fin comercial y los padres depositaron a nombre del menor o entregaron todo ese dinero que ganaron a costas de su hijo, o si la ropa o juguetes las utilizaron los menores en ese momento.

Parecería ser que, desde un punto de vista patrimonial, sí podría verse atenuado este daño ya que en lo económico los padres podrían no haberse enriquecido a costas de su hijo o hija, y quien hizo uso efectivo de esa ganancia u objetos fue el menor en ese momento o en el futuro. Sin embargo, desde un punto de vista del honor y la privacidad entiendo que el análisis no cambia: sería exceder un límite en cuanto a la exposición y detalle de vida del menor, que es independiente de lo que pueda cambiar a nivel patrimonial.

Por último, corresponde soslayar que al tenor del artículo 267 del Código Civil uruguayo, los menores tienen la administración de su peculio profesional o industrial, lo que abriría la posibilidad de una reclamación patrimonial tanto a sus padres como al avisador, por la proporción que pudiera corresponder a éste sobre los ingresos indebidamente percibidos por su padre o madre producto de la actividad comercial desplegada. Ello, debería también ser considerado por los avisadores en la contratación de este tipo de servicios con influenciadores cuando se involucra la participación de menores de edad, por cuanto representa una contingencia patrimonial.

3. Conclusión

¿Existe vulneración de los derechos de los menores con su exposición en las redes sociales? ¿hasta qué punto esa explotación es legítima?

En función de las normas que rigen la temática abordada en este artículo, si bien en la mayoría de los casos no existiría una ilegitimidad manifiesta de los padres que utilizan la imagen de los hijos en las redes sociales, distinto es el caso de aquellos que los exponen con el fin o el objeto de cumplir las obligaciones como *influencers*, o que con dicha exposición resulte en que derechos de los menores se puedan entender vulnerados, especialmente aquellos atinentes al derecho a la privacidad de la persona y a su identidad.

Así, esta temática no se subsume a una cuestión de detentar como titulares de la patria potestad de un menor de edad el derecho a explotar su imagen, sino que esto es claramente excedido, decidiendo exponer la vida del menor para poder cumplir con el fin comercial para el que se lo contrató o aún cuando no exista inicialmente un fin comercial, dicha exposición genere tanto movimiento a nivel de redes sociales que se conviertan finalmente en *influencers* gracias a dicha exhibición y difusión de contenidos.

Como se dijo *ut supra*, hay grandes diferencias entre publicar una fotografía o un video de un hijo menor de edad con un fin recreacional, concreto, por una fecha o acontecimiento específico a que hacerlo con fin comercial para el adulto y de forma constante, generando en el consumidor una especie de dependencia de todos esos contenidos. A su vez, es distinto si ese menor tiene cuatro años, con casi nula conciencia del alcance de la publicación en las redes sociales a que si tiene diez u once años, cuando ya tiene cierto grado de conciencia y puede manifestar su rechazo o consentimiento expreso de querer participar en dichas publicaciones.

En todo caso, el menor cuenta con las vías judiciales pertinentes para promover su pretensión, ya sea de solicitud de cese de uso de imagen y/o reclamo de los eventuales daños y perjuicios por ese uso sobre todo cuando éste fue constante, puso en riesgo otros derechos inherentes de la persona como ser el de privacidad, identidad, dignidad y honor, se hizo con un fin comercial.

Lo anterior deja en evidencia la importancia que tiene prestarle atención a estas cuestiones, en aras de la protección a los menores de edad de acosos como puede ser el ciberacoso o “cyber bullying” (como se lo conoce en inglés), que no es otra cosa que la intimidación por medio de las tecnologías digitales. A mayor exposición del menor en las redes sociales, mayor riesgo de generar de parte de otros menores de edad (pares de estos, ya sea compañeros de clase o directamente no siendo conocidos) así como de adultos, acoso o intimidación por estas vías.

Referencias bibliográficas

- Balsa, M. (2001). *Algunas cuestiones sobre el derecho a la propia imagen*, Editorial FCU.
- Barjola, J.M. (9 de julio de 2019). Subir la imagen de un menor a redes sociales: cuándo es ilegal y cómo reclamar por ello. Noticias Jurídicas (Italia). <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14186-subir-la-imagen-de-un-menor-a-redes-sociales:-cuando-es-ilegal-y-como-reclamar-por-ello/>
- Berdaguer Mosca, J. (2021). *Protección del a imagen en el Derecho Civil de Uruguay. Explotación patrimonial, aspectos contractuales y régimen de responsabilidad civil*, Editorial FCU.
- Cagnazzo, Raffaella (15 de setiembre de 2016). Austria, diciottenne denuncia i genitori per foto postate su Facebook. Corriere (Italia). https://www.corriere.it/esteri/16_settembre_15/austria-diciottenne-denuncia-genitori-foto-postate-facebook-2ceb737a-7b46-11e6-ae27-bc43cc35ec72.shtml
- Davara Fernández de Marcos, L. (2017). *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*; Agencia Española de Protección de Datos; Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Madrid. file:///C:/Users/elima/Documents/Articulo%20Derecho%20de%20imagen%20UM/menores-en-internet.pdf
- Gamarra, J. (1982); *Derecho a la imagen (retrato)*. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIII.
- Howard, W. (2021). *Derecho de la Persona*, Volumen II, Universidad de Montevideo.
- La Repubblica (Italia). (2 de marzo de 2016). Privacy, Francia avverte genitori: non postate foto di figli. In futuro potrebbero denunciarvi. https://www.repubblica.it/tecnologia/social-network/2016/03/02/news/privacy_denuncia_figli_facebook-134648179/
- Montalto Monella, Lillo (9 de enero de 2018). Sentenciada a pagar 10 mil euros a su hijo si publica fotos suyas en Facebook. Euronews (España). <https://es.euronews>.

com/2018/01/09/sentenciada-a-pagar-10-mil-euros-a-su-hijo-si-publica-fotos-suyas-en-facebook

Tribunal de apelaciones en lo Civil de 2° Turno (Uruguay). (2011, setiembre 14). Sentencia 243/2011 del 14 de setiembre de 2011. Recaída en los autos caratulados “SARA, FERNANDO y CARLOS ABDALA SOUTO contra JUAN ANGEL URRUZOLA – Acción de amparo” IUE 2-60493/2010.

Tribunal de apelaciones en lo Civil de 3° Turno (Uruguay). (2018, diciembre 5). Sentencia 217/2018 del 5 de diciembre de 2018. Recaída en los autos caratulados “INAU c/ CANAL 4 MONTECARLO TV.- Acción de protección de los derechos en la comunicación- art.43 Ley 19.307”, IUE 2-58289/2015.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno (Uruguay). (2019, febrero 13). Sentencia 13/2019 del 13 de febrero de 2019. Recaída en autos caratulados: “KEUCHKERIAN, SANDRA c/ RUCKANSKI, LORENA -DAÑOS Y PERJUICIOS.” IUE 2-57670/2016.

Pablo PEREIRA BRAUSE

Universidad de Montevideo (Uruguay)

Asociado en Martínez de Hoz & Rueda

pablo.pereirabrause@mhrlegal.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9947-5636>

Recibido: 16/10/2022 - Aceptado: 21/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Pereira Brause, Paulo (2022). El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergerable.

Revista de Derecho, 21 (42), 105-126. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.6>

El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergerable

105

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto analizar las principales disposiciones contenidas dentro del proyecto de ley de arbitraje doméstico actualmente a estudio del Parlamento. El estudio se focaliza en la eliminación del compromiso arbitral, la fijación del arbitraje de derecho como regla, la arbitrabilidad de las normas de orden público, la reafirmación de la autonomía del acuerdo arbitral y la reivindicación de las medidas cautelares. A esos efectos, se contrastan las modificaciones propuestas con un análisis crítico de la legislación vigente, para concluir que estamos frente a un proyecto sumamente positivo, que toma como insumo las mejores prácticas a nivel comparado y cuya sanción daría un importante impulso al arbitraje doméstico y a la imagen de nuestro país como centro de referencia para la resolución de disputas en la región.

Palabras clave: Arbitraje, arbitraje doméstico, compromiso arbitral, kompetenz-kompetenz, medidas cautelares.

The domestic arbitration bill: a reform that cannot be postponed

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the main provisions contained in the domestic arbitration bill recently presented before the Uruguayan Parliament. The study focuses on the elimination of the arbitral commitment, the establishment of arbitration at law as a rule, the arbitrability of public policy norms, the reassertion of the autonomy of the arbitration agreement and the vindication of interim measures. To this end, the proposed amendments are contrasted with a critical analysis of the current legislation, to conclude that this is a very positive bill, which takes as input the best practices worldwide, and whose approval would give an important boost to domestic arbitration and to the image of our country as a reference in the region for alternative dispute resolution.

Keywords: Arbitration, domestic arbitration, arbitration agreement, kompetenz-kompetenz, interim measures

106

O projeto de lei sobre arbitragem doméstica: uma reforma que não pode ser adiada

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar as principais disposições contidas no projeto de lei sobre arbitragem doméstica atualmente no Parlamento. O estudo se concentra na eliminação do compromisso arbitral, no estabelecimento da arbitragem em lei como regra, na arbitrabilidade das regras de política pública, na reafirmação da autonomia da convenção de arbitragem e na reivindicação das medidas provisórias. Para tanto, as emendas propostas contrastam com uma análise crítica da legislação atual, para concluir que estamos diante de um projeto muito positivo, que toma como insumo as melhores práticas em nível comparativo e cuja sanção daria um importante impulso à arbitragem interna e à imagem de nosso país como centro de referência para a resolução de disputas na região.

Palavras-chave: Arbitragem, arbitragem doméstica, compromisso arbitral, kompetenz-kompetenz, medidas provisórias.

1. Introducción y plan de trabajo

El Uruguay ha reformado y actualizado su legislación en materia de comercio internacional y resolución de disputas de manera sostenida. Esta actitud es consistente con lo que ya es una política de Estado de atracción y fomento de inversiones, cuya arista jurídica no puede ser soslayada.¹

Así, en 2018 se aprobó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (N° 19.636) tomando como base las mejores prácticas a nivel comparado reflejadas en la Ley Modelo UNCITRAL, y en 2020 se sancionó la Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920), dando ingreso a la autonomía de la voluntad en materia contractual, luego de más de un siglo de ser retaceada.²

En este orden de ideas se encuadra el proyecto de ley de arbitraje doméstico, presentado en el marco del Programa de Modernización Legislativa y actualmente a estudio de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes, que viene a corregir un largo debe en la materia. Si bien refiere, como su nombre lo indica, a la resolución de disputas internas, el arbitraje internacional y el doméstico no son más que dos caras de la misma moneda, y la vetustez de este último constituye un punto débil del sistema en su conjunto.

El objetivo de este estudio es comentar las principales reformas contenidas dentro del proyecto, y a través de ellas efectuar un análisis crítico de la legislación vigente, para concluir que se trata de una propuesta auspiciosa, cuya aprobación legislativa resulta a nuestro juicio altamente conveniente.

2. El proceso arbitral en el CGP. Origen y falencias

No caben dudas que el Código General del Proceso, que en 1989 vino a reemplazar al ya centenario Código de Procedimiento Civil, constituyó una gran innovación en nuestro medio. Su premisa principal, que se desprende de la Exposición de Motivos remitida por el Poder Ejecutivo de la época al Legislativo, era *“la consagración de un proceso mixto (escrito y oral), por audiencia, permitiendo, de esa manera, la inmediatez, la concentración y la publicidad, entre otros de los principios cuya vigencia efectiva es unánimemente reclamada.”*³

Por ello, tampoco puede causar sorpresa el hecho de que el proceso arbitral doméstico no haya sido un protagonista de la reforma, ni mucho menos. Este extremo fue reconocido por los propios autores del Código, los profesores Gelsi Bidart, Vécovi y Torello, al

1 Ya Alberdi (2003) hace casi dos siglos proclamaba en sus Bases que *“La legislación civil y comercial, los reglamentos de policía industrial y mercantil no deben rechazar al extranjero que la Constitución atrae. Poco importaría que encontrase caminos fáciles y ríos abiertos para penetrar en el interior, si había de ser para estrellarse en leyes civiles repelentes. Lo que se avanzaría por un lado, se perdería por otro.”* (p. 113). Más cerca en el tiempo, Vargas Llosa (2018), evocando a Hayek, ha dicho que *“la libertad de producir y comerciar no sirve de nada (...) sin un orden legal estricto y eficiente que garantice la propiedad privada, el respeto de los contratos y un poder judicial honesto, capaz e independiente del poder político.”* (p. 110).

2 Para Fresnedo (2021), la Ley 19.920 *“invierte los términos en materia de autonomía de la voluntad”, estableciendo “como principio general que la ley reguladora de los contratos es la que elijan las partes.”* (p. 74). El Prof. Operti (2022), impulsor de la reforma legal, agrega que *“Esta disposición (...) adhiere a la solución autonomista de aceptación doctrinaria y de derecho positivo, generalizada y de fuerte incidencia en el comercio internacional. Se deja así de lado la solución preceptiva de los Tratados de Montevideo y Apéndice del Código Civil y constituye una de las innovaciones de la LG de mayor importancia”* (p. 35).

3 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, No. 243, T. 313, 13 de abril de 1988, pp. 210-211.

afirmar que el mismo “*se regula en el anteproyecto sin mayores variantes en relación al régimen vigente, agregando, solamente, algunas disposiciones que procuran acordarle una mayor agilidad y efectividad.*”⁴ Más aún, en el seno de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, que se abocó al estudio pormenorizado del proyecto de Código junto con sus autores, no se dedicó especial atención al tema, siendo efectuadas modificaciones de estilo al articulado.⁵ El CGP fue aprobado con el proceso arbitral prácticamente intacto, *warts and all*.

En el día a día parlamentario y político hay ciertos asuntos que concitan la atención y los *flashes*, y otros que, sin perjuicio de su objetiva importancia, pasan desapercibidos. El asunto que nos convoca es un ejemplo paradigmático de ello. Incluso al tratarse lo que a la postre resultó siendo la Ley 19.090, la gran reforma y actualización del CGP, se efectuaron ciertos ajustes al proceso arbitral, pero posponiéndose una vez más la reforma holística que requería y requiere. Al respecto, Pereira Campos (2015) considera que si bien se trató de:

una ley de excelente técnica legislativa -quizás una de las mejores aprobadas en los últimos años (...) quedaron algunas cuestiones sin analizar en profundidad o, incluso, sin reformar cuando urgían las reformas. En ese grupo de hipótesis puede mencionarse (...) el proceso arbitral que hubiere requerido un mayor impulso y modernización (p. 17).⁶

Este diagnóstico resulta unánime en doctrina. La propia Exposición de Motivos del proyecto de ley es clara al expresar que “*Existe consenso en la academia y en los profesionales que actúan en arbitrajes en cuanto a que la regulación del arbitraje nacional contenida en el CGP debe ser actualizada*”. Arrighi (2014) tampoco deja lugar a dudas:

Tenemos una legislación inadecuada en materia de arbitraje doméstico (...) Las normas del CGP no son adecuadas al arbitraje moderno, no son acordes a los principios del arbitraje moderno recogidos en la enorme mayoría de las legislaciones del mundo y constituyen un escollo para el desarrollo del arbitraje en Uruguay (pp. 13 y 16).⁷

4 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, op. cit., p. 221. Afirmación por demás discutible, dado que por ejemplo en cuanto a la arbitrabilidad objetiva el artículo 550 del CPC establecía que “*No pueden someterse a juicio arbitral las cuestiones sobre el estado civil de las personas, ni las causas de divorcio, ni las que requieren la intervención del Ministerio Fiscal, como parte, ni las demás en que haya prohibición especial.*” Se ha dicho en doctrina que “*la solución contenida en el Código de Procedimiento Civil no es idéntica a la actual, y sin lugar a dudas era superior, ya que eran taxativas las excepciones al arbitraje y no existía remisión a la transacción con la introducción en la especie del concepto de orden público.*” (Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000, p. 11). Sobre la falta de correspondencia entre los conceptos de arbitrabilidad y orden público ver Mereminskaya, 2007, pp. 121 y ss.

5 Versiones taquigráficas de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores de fechas 15 de octubre de 1988, pp. 39-46, y 22 de octubre de 1988, pp. 1-25.

6 Arrighi (2014) complementa lo expuesto haciendo un llamado a una “*modernización en sede de arbitraje, totalmente necesaria y que desafortunadamente no fue tenida en cuenta por la Ley No. 19.090*” (p. 16).

7 La doctrina se ha expresado recurrentemente sobre este punto. A título de ejemplo, Arena (2019) considera que es un “*régimen [que] se ha mantenido inalterado por varias décadas, quedando anacrónico en algunos aspectos*” (p. 4) Chalar y Giuffra (2021), además de plegarse a las críticas a la Ley 19.090 en la materia (considerando que las modificaciones efectuadas “*resultan inadecuadas e inconsistentes con las disposiciones consagradas dentro del mismo Título VIII del Código, a la vez que contradicen las soluciones internacionalmente admitidas en materia de arbitraje*”), opinan que “*Es un secreto a voces que las normas que regulan el arbitraje doméstico en el CGP no han acompañado los grandes cambios que ha registrado el arbitraje en los últimos años.*” (p. 87) Por último, para Díaz y Rodríguez (2018), “*La escasa regulación sobre arbitraje está en pocos artículos del Código General del Proceso que, si bien no son muy antiguos en años (...) reflejan concepciones antiguas e inadecuadas sobre puntos relevantes.*” (p. 47).

3. Principales características del proyecto de ley

A la luz de las generalizadas críticas que recibe el proceso de arbitraje doméstico hoy vigente, es sin dudas una buena noticia que el Programa de Modernización Legislativa se haya abocado a su reforma.

El objetivo del proyecto, según Santi (2021), uno de sus corredactores, es “*jerarquizar el arbitraje doméstico, a partir de la actualización de las normas previstas en el CGP sobre él, ajustando sus disposiciones a las corrientes universalmente aceptadas en la materia*”, y su fuente principal la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (p. 36). Asimismo, la Exposición de Motivos señala cinco “*pilares*” sobre los cuales se sustenta la reforma: (i) la eliminación de la solemnidad de la escrituralidad del acuerdo de arbitraje, (ii) la eliminación del compromiso arbitral, (iii) la elección por defecto del arbitraje de derecho, (iv) el fortalecimiento del principio kompetenz-kompetenz, y (v) la admisión de las medidas cautelares arbitrales. Esta enumeración constituirá básicamente la columna vertebral del presente artículo.

3.1 La eliminación del compromiso arbitral

El proyecto de ley sustituye el artículo 473 del Código General del Proceso, donde previamente se asentaba la regulación de la cláusula compromisoria, por otro cuyo *nomen iuris* es “*Acuerdo de arbitraje*”. Luego de definir al instituto, los nuevos numerales 473.4 y 473.5 respectivamente establecen: “*Queda derogada la exigencia de otorgamiento de compromiso arbitral requerida por la legislación anterior*” y “*Declárase que las cláusulas compromisorias perfeccionadas bajo la legislación nacional anterior (...) son válidas y deben interpretarse como acuerdos de arbitraje que permiten acudir directamente al mismo.*”

La Exposición de Motivos señala que con esta enmienda se persigue “*la eliminación del innecesario compromiso arbitral, acto solemne y a veces costoso que en los hechos, en caso de resistencia de su otorgamiento, determina la necesidad de un proceso.*”

Definiendo el término antes de comenzar su análisis, en doctrina vernácula Couture (1960) ha dicho que se trata de un “*Acto jurídico bilateral cumplido en virtud de una disposición legal, de cláusula compromisoria o por voluntad de partes, en el cual se conciertan los detalles relativos a la sumisión de un asunto a la jurisdicción arbitral*”, y lo diferencia de la cláusula arbitral en tanto ésta es una “*Estipulación por la que se conviene que determinadas divergencias que puedan surgir entre las partes serán dirimidas en juicio arbitral y no ante la jurisdicción ordinaria*” (pp. 160 y 169).

Para comprender el presente del instituto y el motivo de sus críticas, conviene retrotraerse hasta sus orígenes. Von Mehren (1986) localiza el nacimiento del compromiso arbitral en el caso *Compagnie l'Alliance v. Prunier*, resuelto por la Corte de Casación francesa en julio de 1843. Explica el citado autor que desde la Revolución de 1789 y durante más de medio siglo, el arbitraje había sido visto con buenos ojos, llegando la Asamblea Constituyente a afirmar que se trataba de “*el método más razonable para resolver disputas entre ciudadanos*” (derivado de la desconfianza que provocaba en los sublevados el Poder Judicial del *ancien régime* (Leray, 1927, p. 6)). Sin embargo, el entusiasmo duró poco. En 1806, ya bajo la égida napoleónica, el artículo 1006 del Código de Procedimiento Civil dispuso que “*todo acuerdo de compromiso que no especifique los asuntos en disputa y*

los nombres de los árbitros será nulo". No obstante, por casi cuatro décadas los tribunales aceptaron las cláusulas arbitrales genéricas y previstas *ex ante*, interpretando que dicho artículo solamente aplicaba a disputas ya sobrevenidas. Ello llegó a su fin cuando, en el caso *Prunier*, la Corte de Casación por primera vez se apoyó en este artículo para anular una cláusula que preveía el arbitraje de disputas que pudieran nacer en el futuro, pero inexistentes al tiempo de celebración del acuerdo. En los hechos, de esta manera hizo inaplicables las cláusulas arbitrales acordadas *ex ante*. En caso de subsistir dudas acerca de la motivación subyacente, el supremo francés consignó su "temor" de que "si estas cláusulas fueran aplicadas, serían adoptadas asiduamente y privarían a los individuos de las garantías ofrecidas por los tribunales" (Von Mehren, 1986, pp. 1046-1047).⁸

A este racconto histórico agrega Cantuarias (1995) que la "reacción del supremo tribunal de justicia francés poco tuvo que ver con consideraciones jurídicas y más con criterios políticos y de manifiesta hostilidad y temor hacia el arbitraje". Más aún, a consecuencia de dicho fallo

los juristas se encargaron de explicar 'jurídicamente' la distinción entre el pacto previo -cláusula compromisoria- y el acuerdo suscrito una vez surgida la controversia -compromiso arbitral-, dando a entender (...) que existían entre ambos contratos grandes diferencias. Sin embargo (...) se olvidaron de que la distinción poco o nada tenía que hacer con el Derecho, sino simplemente con una visión hostil hacia el arbitraje (pp. 243-244).

Si bien Francia fue relativamente ágil en corregir el rumbo⁹, convirtiéndose su sistema judicial en un paladín del arbitraje hasta el día de hoy, el hecho de que el rechazo haya ocurrido en medio de la corriente codificadora de los países civilistas, donde los textos galos eran la referencia por excelencia, hizo que el compromiso arbitral cruzara los océanos. En palabras de Cantuarias (1995): "Desgraciadamente la casi totalidad de las legislaciones arbitrales latinoamericanas han copiado y mantenido inmutable la distinción bajo estudio como si fuera sagrada, despreocupándose, no sabemos si de forma intencional, de sus funestas consecuencias prácticas." (pp. 243-244)

Promediando el siglo XX, al transmutar la percepción de la comunidad internacional respecto del arbitraje y comenzar a valorarse sus virtudes (que no por repetidas deben ser obviadas: celeridad, confidencialidad, especialidad, autonomía de la voluntad, descongestionamiento del Poder Judicial, entre otras¹⁰) la tendencia comenzó a revertirse.

En doctrina se señala a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 como la precursora en la eliminación del compromiso arbitral (Santos Belandro, 2002, p. 64). La siguieron luego, entre otras, la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 y la ley española de arbitraje de 1988.

8 Este fallo fue objeto de críticas en doctrina francesa, con un comentarista expresando que "La debilidad de la argumentación jurídica debería haber animado a la jurisprudencia, al aplicar el principio, a ser lo suficientemente flexible para conciliar el respeto debido a los textos y la necesidad de proteger a las partes." (Leray, 1927, p. 7)

9 En 1865, el Tribunal de Apelaciones de París entendió que si la ley aplicable a la cláusula arbitral no requería compromiso posterior, el art. 1006 no resultaba aplicable, y en 1899 la propia Corte de Casación adhirió al razonamiento (considerando que el art. 1006 no revestía naturaleza de orden público). Finalmente, en 1925 se modificó el Código de Comercio permitiendo la remisión *ex ante* a arbitraje, tanto en contratos domésticos como internacionales. (Von Mehren, 1986, pp. 1048-1050).

10 Gary Born (2016), acaso uno de los mayores exponentes mundiales del arbitraje tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, lista las siguientes ventajas de este sistema de resolución de disputas: neutralidad, competencia comercial y expertise de los decisores, inapelabilidad, autonomía de la voluntad, flexibilidad procesal, costo, velocidad, confidencialidad y facilidad de ejecución (p. 7).

La exposición de motivos de esta última, 35 años a la distancia, retiene una notable actualidad:

Se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la ley de 1953 (...) Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente (Caivano, 1997).

Para valorar el atraso de la legislación nacional en este aspecto, estas palabras ya habían sido escritas y esta ley promulgada al discutirse la reforma del Código de Procedimiento Civil, en la cual la eliminación del compromiso arbitral no fue siquiera planteada.

En 1996, cuando Perú reformó su ley de arbitraje dejando de lado al compromiso arbitral, Cantuarias (1995) se despachó contra el mismo con duros términos: es un procedimiento “*absurdo y penoso*” que da lugar a un “*nefasto intervencionismo del Poder Judicial*” (pp. 241 y 261). Al año siguiente, en doctrina argentina se lo consideraba “*una institución inconveniente*”, y se señalaba a Argentina, Brasil y Uruguay como las pocas legislaciones que lo mantenían (Caivano, 1997). De esto hace ya un cuarto de siglo.

En nuestro país, la doctrina se ha pronunciado por su rechazo también de manera unánime. Así, Arrighi (2014) ha dicho que “*resulta imperioso que una reforma del CGP (...) contemple (...) la derogación de la necesidad del otorgamiento de un compromiso arbitral cuando existe una cláusula arbitral.*” Sus efectos nocivos se manifiestan en que “*basta con que una de las partes signatarias de la cláusula compromisoria sea renuente al otorgamiento del compromiso, para que esto pueda dificultar y retrasar largamente el inicio del arbitraje*” (p. 16). En la misma línea, para Arena (2019),

un paso necesario y atrayente, si pretendemos fomentar y desarrollar el arbitraje en nuestro ordenamiento, sería eliminar el compromiso arbitral. Ello terminaría de permitir el despegue de la herramienta arbitral, redundando en un claro beneficio a los justiciables y a la abogacía uruguaya que con la generación de una cultura arbitral, seguramente se transforme también en depositaria de la resolución de conflictos de jurisdicciones vecinas (pp. 7-8).

El problema de raíz que acusa el compromiso arbitral radica en que se convierte en un obstáculo que impide a las partes alcanzar lo que buscaron al pactar el recurso al arbitraje, y otorga a la parte incumplidora o desinteresada en una rápida solución de la contienda una importante herramienta dilatoria. La cláusula arbitral, suscripta cuando las partes se aprestan a comenzar una relación contractual y lejos de todo encono -lo que la doctrina norteamericana ha denominado con su habitual ingenio la “*champagne clause*” (Holtz, 2016)- pierde su razón de ser si para efectivizarla se debe volver a acordar una vez surgida la disputa o, en subsidio, recurrir a la justicia étatica.

Más allá de la inconveniencia conceptual del compromiso arbitral, es posible individualizar al menos cuatro perjuicios concretos que el régimen actual puede causar a todo arbitraje doméstico, que Arena releva en un estudio de gran interés práctico.

En primer término, el compromiso es un acto solemne, que conforme al artículo 477 del CGP (cuya derogación también postula el proyecto) debe otorgarse en escritura pública o acta judicial, so pena de nulidad. Así, aún en la idílica hipótesis de que, una vez surgida la controversia, ambas partes estén de acuerdo en otorgar el compromiso y elijan hacerlo mediante escritura pública para comenzar ágilmente el arbitraje, deberán abonar al menos, según el Arancel de la Asociación de Escribanos, 12 Unidades Reajustables.¹¹

En segundo lugar, la naturaleza jurídica del requisito de solemnidad del compromiso ha propiciado un debate en torno a las consecuencias de su no observancia, esto es, si la nulidad resultante será relativa o absoluta, cuyo análisis excede el objeto del presente artículo.¹² Sin embargo, sobre el punto basta afirmar que la inobservancia de la forma al celebrar el compromiso engendra el riesgo y la incertidumbre jurídica de una potencial anulación del laudo, adicionando más problemas a un sistema cuya misma razón de ser es la agilidad y la certeza.

Solamente estos motivos darían fuertes argumentos a la corriente derogatoria. Sin embargo, el verdadero problema comienza en caso de resistirse una de las partes a otorgar el compromiso, donde necesariamente el proceso se judicializa, precisamente lo que se buscaba evitar al pactar el arbitraje. Arena (2019) en su multicitado trabajo estima que el otorgamiento judicial del compromiso, que tramita bajo el proceso incidental y es de instancia única, insume una duración mínima de entre 6 y 8 meses (p. 7)¹³

Por último, y en cuarto lugar, entra en juego la interpretación en sede judicial de la ‘resistencia’ de una parte a otorgar el compromiso, única causal por la cual puede otorgarlo el Juez. Esta decisión, inapelable, se deja en manos de un Juzgado de Primera Instancia sin posibilidad de ser revisada en alzada. La inconstitucionalidad de este artículo ya fue tentada, siendo desestimada por la Suprema Corte de Justicia en línea con su jurisprudencia pacífica sobre la constitucionalidad de la instancia única en materia civil.¹⁴ Decíamos que su interpretación es problemática porque de entenderse que la misma no era tal, o de desestimarse la demanda por falta de jurisdicción, el proceso queda trunco. Esto fue lo que aconteció en un caso ventilado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de 18° Turno, que recoge Arena, y que resulta por demás ilustrativo.¹⁵

Como expresa Caivano (1997):

este status de ‘pactum de contrahendo’ que se atribuye a la cláusula compromisoria (...) ha contribuido a que el arbitraje sea visto como un sistema inoperante: el compromiso arbitral ha sido históricamente una de las más importantes fuentes de litigios y demoras en su implementación, y uno de los más sólidos factores impeditivos para la aceptación del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas.

11 Tomando la Unidad Reajutable vigente a la fecha de redacción del presente estudio, el costo de la escritura rondará los 17.850 pesos uruguayos, aproximadamente 420 dólares. A este monto base se le deben adicionar IVA y gastos asociados.

12 En resumidos términos, de entenderse que el requisito de solemnidad reviste naturaleza procesal, sería aplicable el artículo 111 del Código General del Proceso y la nulidad sería relativa (y no reclamable por la parte que concurrió a causarla; por tanto blindando un compromiso suscripto por ejemplo en documento privado por ambas partes). Sin embargo, de considerarse que el compromiso es un contrato, devendrían aplicables los artículos 1261 y 1560 del Código Civil, tornando a la nulidad absoluta. Existe jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno adhiriendo a la tesis procesalista (Sent. 130/2007). Para doctrina a favor, ver Arena, 2019, p. 6. En contra, ver Malel, 2011, pp. 213 y ss.

13 Para Couture (1945), “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate” (p. 37).

14 Sentencia 691/2018. Esto se debe a que la doble instancia en el fuero civil tiene origen legal, estando garantizada a nivel constitucional solamente en materia penal. Ver también, entre muchas otras, y de diversas materias, Sentencias 220/2017, 294/2016, 15/2008 y 193/2005.

15 Se trata de la Sentencia 2093/2019. Para mayor desarrollo, ver Arena, 2019, pp. 6-7.

En síntesis, si por algo debe ser reconocido este proyecto es por la a estas alturas indispensable reforma que propone al eliminar el compromiso arbitral del arbitraje doméstico. Sin embargo, no por ser éste a nuestro juicio el punto alto, dejan de tener relevancia otros que serán expuestos a continuación.

3.2. La regla del arbitraje de derecho

El proyecto de ley sustituye el artículo 477 del CGP, que regulaba los requisitos del compromiso arbitral, por otro que lleva como acápite "*Regla del arbitraje de derecho*", estableciendo en su primer inciso que "*A menos que las partes hayan pactado otra cosa, los arbitrajes serán de derecho. El pacto por el cual el tribunal queda habilitado a fallar por equidad debe ser expreso.*" De esta manera, se deroga el régimen hoy vigente, contenido en el artículo 477.5, que establece que ante el silencio de los contrayentes, el tribunal deberá fallar por equidad.

Al respecto, la Exposición de Motivos explica:

La falta de referencia en las cláusulas compromisorias al tipo de laudo, ocasionaba que debieran dictarse por equidad, cuando de regla los litigantes esperan que sus conflictos se resuelvan conforme al derecho que sea aplicable a sus relaciones jurídicas cuando los hechos se suscitaron.

El arbitraje de equidad, también denominado *ex aequo et bono* o de amigables componedores¹⁶, es definido por Born (2021) como aquel en el cual "*los árbitros no están obligados a decidir la disputa de acuerdo con una aplicación estricta de las normas legales sino a la luz de ciertas nociones generales de equidad, igualdad y justicia*" (p. 2987).

Esta modalidad acarrea el inconveniente de restarle previsibilidad al arbitraje -uno de los pilares de todo sistema heterónimo de resolución de disputas- dado que el tribunal decidirá no en función del derecho por todos conocido sino de acuerdo con lo que considere 'justo'.¹⁷ Sin ingresar en consideraciones filosóficas, resulta evidente que la definición de justicia varía de persona a persona, en atención a diversos factores imponderables.¹⁸ De ahí que parece de orden que la regla general sea que los arbitrajes sean decididos conforme a derecho, recurriéndose a la equidad solamente cuando las partes lo hayan previsto de forma expresa. Coadyuvando a este punto respecto de la perniciosidad de que ante el silencio de las partes se resuelva por equidad está la condición de "*midnight clause*" (Holtz, 2016)¹⁹ de la cláusula arbitral, donde ello posiblemente ni siquiera se tuvo en cuenta al momento de contratar.

16 No ignorando que cierta doctrina distingue matices entre ambos términos, en cuanto a la obligación de los amigables componedores de primero buscar la solución conforme a derecho para luego, de requerirlo, ajustarla en consideración de lo 'justo' en el caso concreto, lo que no sería aplicable a un tribunal llamado a laudar *ex aequo et bono*, a los fines de este trabajo los términos se utilizarán como sinónimos. Para un mayor desarrollo, ver Born, 2021, pp. 2987 y ss.

17 Barrios de Angelis (1956) efectúa una interesante exégesis del concepto de equidad, que entiende puede ser abordado desde dos ópticas. Subjetivamente, sería "*el concepto que cada persona tiene de la justicia, resultado de su particular experiencia.*" Objetivamente, consiste en "*la idea de justicia que en un momento dado tiene un determinado grupo social*" (p. 45). A poco que se profundizan estos conceptos, su indeterminación intrínseca salta a la vista.

18 El economista Thomas Sowell (2002) refiere en un ensayo a la célebre frase de Sócrates: "*justicia, si sólo supiéramos de qué se trata*" y fundamenta: "*Llamamos justicia a los principios morales en que cada uno de nosotros cree, cualesquiera que sean. Por tanto, hablamos en círculos cuando decimos que abogamos por la justicia, a menos que especifiquemos qué concepción de justicia tenemos en mente*" (pp. 1-3).

19 Los términos *midnight* y *champagne clause* son utilizados de forma alternativa para referirse a la cláusula arbitral dado que su inclusión solía ocurrir a último momento, adaptando un modelo sin mayor análisis, cuando las partes se disponían a brindar por la conclusión de las negociaciones.

Parece haber consenso en doctrina nacional acerca de la conveniencia de una modificación en este sentido. Por ejemplo, para Arrighi (2014) el régimen vigente “no responde al derecho moderno del arbitraje, tampoco a las expectativas de las partes ni a lo que muestra la práctica en general” (p. 17). Adicionalmente, Santi (2021) considera que la equidad como regla se ha transformado en un “criterio anacrónico y a contrapelo del mundo” (p. 36).

A nivel comparado la tendencia es la misma. Born (2021), aunque refiriéndose al arbitraje internacional, se opone de plano al arbitraje de equidad como regla, entendiendo que “si un tribunal arbitral decide *ex aequo et bono* sin acuerdo de las partes que le otorgue esa potestad, el laudo queda expuesto a una anulación o no reconocimiento por haber sido dictado con exceso de autoridad” (p. 2990). A ello agrega que las partes solamente acuerdan hacerlo “en casos extremadamente raros”, que rondan entre el 2 y el 3% de la totalidad de los arbitrajes (pp. 2987).

Otro exponente de esta corriente es Fernández Arroyo (2015), quien en oportunidad de analizar el contrato de arbitraje incluido en el Código Civil y Comercial argentino, que por defecto remite al arbitraje de derecho, consideró que:

también recepta una tendencia internacional y se aparta de la tan criticada solución inversa (...) las partes suelen pretender que sus disputas sean resueltas en un marco estrictamente jurídico, lo cual no siempre es debidamente aclarado. Muchas veces, la vorágine en la redacción de los contratos, lleva a las partes a focalizarse en su objeto principal, y dado que en un primer momento no se encuentran enfrentadas, no suelen dedicar el suficiente tiempo a la redacción de las cláusulas relativas a la resolución de eventuales disputas.

En la vereda contraria parece situarse Caivano (2008), quien sin perjuicio de reconocer que se trata de “una decisión de política legislativa, respecto de la cual mucho puede opinarse”, concluye: “Nos parece correcta la opción a favor de la amigable composición, forma de arbitraje que consideramos más consustancial, más coincidente con la esencia del sistema” (p. 81).²⁰

Sin perjuicio de opiniones encontradas en la materia, consideramos que este punto constituye un nuevo acierto del proyecto de ley.

3.2.1. Un inciso trascendental: la arbitrabilidad de las normas de orden público

El segundo inciso del artículo 477, en la redacción propuesta por el proyecto, prevé que “La naturaleza de orden público de una norma jurídica, no impide resolver el conflicto a través del proceso arbitral, pero, en tal caso, no será válido pactar el arbitraje por equidad.”

Este agregado, que puede pasar desapercibido en un paneo del proyecto, es a nuestro juicio una de sus disposiciones más relevantes y que, de entrar en vigencia, pondrá fin a un debate aún abierto en doctrina y jurisprudencia, particularmente respecto del arbitraje de conflictos individuales del trabajo.

20 No obstante, el propio Caivano (2006) en otra publicación reconoce que “El principio inverso es el que actualmente prevalece en la legislación comparada y es hoy adoptado en la mayor parte de las instituciones de arbitraje”.

El artículo 472 del CGP dispone que *“Toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario”*, mientras que el artículo 476 agrega *“No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción.”* Habida cuenta de que el código de rito no define el concepto de transacción, se hace necesario acudir al Código Civil, cuyo artículo 2147 establece que *“es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”*²¹

La arbitrabilidad de los conflictos individuales de trabajo en nuestro país fue postulada en un estudio de avanzada del Prof. Pereira Campos (1995) hace ya casi tres décadas. En el mismo, el autor reconoce que:

Apenas comenzamos el análisis del tema pensamos que la respuesta iba a ser negativa. Los antecedentes, la naturaleza del Derecho del Trabajo y la calidad de los derechos en juego, las autorizadas opiniones existentes en doctrina, entre otros factores, nos hicieron pensar a priori que era inviable someter a arbitraje jurídicamente válido un conflicto individual de trabajo (p. 531).

Sin embargo, a lo largo del artículo, que retiene notable actualidad, el autor desgaja los conceptos y las críticas que el arbitraje históricamente ha suscitado, y concluye, en opinión que compartimos, que nada obsta a la sumisión a arbitraje de los conflictos individuales del trabajo.

Una crítica recurrente hacia esta práctica refiere a que tratándose la materia laboral de orden público, por tanto irrenunciable, la misma no podría extraerse de la justicia ordinaria.²² A pesar de que el texto propuesto resuelve la cuestión, dicha posición encierra un error conceptual, dado que los árbitros tienen la obligación de actuar conforme a derecho, y un apartamiento de dicho mandato es justamente una causal de nulidad del laudo. Como con acierto expresa Pereira Campos (1995), *“una cosa es renunciar a someter la resolución de un conflicto a la jurisdicción de los jueces estatales para someterlo a arbitraje y, otra cosa, muy distinta, renunciar a la aplicación de las normas laborales”*²³ (p. 543). Haciendo este reconocimiento, el autor postula la imposibilidad de arbitrar conflictos individuales de trabajo por equidad, posición también recogida por el proyecto.

En suma, y sin perjuicio de que el tema requiere estudios en mayor profundidad, particularmente a la luz de recientes desarrollos jurisprudenciales²⁴, creemos que también aquí el proyecto realiza un aporte de trascendencia al desarrollo del arbitraje doméstico uruguayo.

21 En cuanto a la posibilidad de transacción en materia laboral, el propio Plá Rodríguez (1990) explica con usual claridad que *“En general, se suele admitir la transacción y rechazar la renuncia. Hay dos razones fundamentales. La primera, de carácter teórico, porque la transacción, supone trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto (...) La segunda, de carácter práctico, porque como la transacción es bilateral no significa sacrificar gratuitamente ningún derecho”* (p. 52).

22 Ver, entre otros, Ermida Uriarte, 1983, p. 25, Garmendia, 2018, pp. 217-218, y Loustaunau, 2007, p. 129.

23 El autor fundamenta: *“En efecto, la tutela al trabajador está dada por las leyes laborales, y no por el juez laboral que, en su calidad de tal, al igual que el árbitro, ha de ser siempre imparcial en su ejercicio jurisdiccional”*. Uno de los más lúcidos exponentes de esta línea argumental ha sido la Suprema Corte de Justicia, por medio de la Sentencia 596/2017. Es dable mencionar que la misma es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 18.572, que ha sido señalada por algunos autores -en posición que no compartimos- como precluyendo al arbitraje de conflictos individuales de trabajo (Garmendia, 2018, p. 216). Ver también Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000, pp. 14-16, y Giuffra, 2007, pp. 11-12.

24 Hacemos referencia a la Sentencia 111/2020 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, reseñada por Picardo y Tiscornia, 2021, pp. 15 y ss.

3.3. La reafirmación de la autonomía del acuerdo arbitral

En el artículo 475 del CGP acontecen también cambios de fondo de gran trascendencia. En primer lugar, se agrega el siguiente inciso al art. 475.1: *“El acuerdo de arbitraje es independiente del contrato o relación jurídica de fondo respecto de la cual fue pactado y de sus vicisitudes.”* En segundo lugar, se incorpora un numeral cuarto que dispone:

Una vez opuesta la excepción de falta de jurisdicción por la invocación de la existencia de acuerdo de arbitraje, el juez la sustanciará con las partes. Salvo que exista una clara y manifiesta nulidad del acuerdo de arbitraje, o sea evidente que el acuerdo de arbitraje es ineficaz o de ejecución imposible, el juez remitirá a las partes al arbitraje. El Tribunal arbitral tomará decisión sobre su jurisdicción. La eventual contienda negativa de jurisdicción por haber el juez remitido a las partes a arbitraje y el tribunal arbitral haberse considerado incompetente, podrá ser elevada por cualquiera de las partes al Tribunal de Apelaciones que hubiera entendido en el asunto...

Por último, el nuevo art. 475.5 establece:

La solicitud o comparecencia a audiencia de conciliación previa ante el Poder Judicial no implicará renuncia a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, la homologación de un acuerdo por el juez competente implicará la renuncia al arbitraje respecto de las pretensiones objeto de acuerdo. Las restantes pretensiones podrán ser sometidas a arbitraje.

116

Al respecto, la Exposición de Motivos es clara: se propugna

la aceptación del principio de ‘competencia de la competencia’ (‘kompetenz-kompetenz’) en una versión intensa, según la cual corresponde de regla a los árbitros resolver sobre la existencia, eficacia y alcance de acuerdo arbitral, más allá de supuestos de manifiesta improponibilidad de la excepción, del control de validez del laudo y de nuevos mecanismos para supuestos de contienda negativa de jurisdicción entre el Juez oficial y el árbitro.

Rivera (2018) con razón afirma que *“la lucha por el arbitraje es la lucha por su autonomía”*, y fundamenta: este principio configura

una piedra basal del sistema de arbitraje internacional, extendiéndose al doméstico, y de acuerdo con lo expuesto, en los hechos significa que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez o inexistencia de la cláusula arbitral fundado en que cuando las partes incluyen una cláusula de esta naturaleza están pretendiendo que todas las cuestiones -incluso la validez o nulidad del contrato- queden abarcadas por ella.²⁵

25 El autor señala el primer precedente a este respecto en el vecino país: ya en el lejano 1918 la Corte Suprema en el caso *Otto Franke y Cía c. Pcia. de Bs. As.* entendía que *“Establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluida de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes.”* (Fallos 128:402).

Mucho se ha escrito y mucho se podría escribir sobre los fundamentos de la autonomía de la cláusula arbitral y el principio de kompetenz-kompetenz, pero ello excedería el objeto del presente artículo. Simplemente agregando a la cita de Rivera a modo de marco conceptual de este apartado, es dable mencionar que el kompetenz-kompetenz posee tanto una arista positiva (la tradicional, esto es, que el tribunal está facultado para decidir acerca de su propia competencia) como una negativa, uno de los grandes aportes de Emmanuel Gaillard a esta especialidad. En palabras del recientemente fallecido profesor francés:

Acceptar el efecto positivo del principio de kompetenz-kompetenz y la facultad inherente de los árbitros para determinar su competencia conlleva la consecuencia de que los tribunales nacionales no deban, paralelamente y con el mismo grado de celo, pronunciarse sobre la misma cuestión, al menos al inicio del proceso arbitral. En otras palabras, los tribunales deberían limitar, en esa fase, su examen a una determinación prima facie de que el acuerdo no es ‘nulo, inoperante o incapaz de ser ejecutado’ (2008, p. 259).²⁶

Esto que venimos de reseñar es precisamente lo que se agrega en el numeral 475.4 del CGP, con una coincidencia prácticamente idéntica en la terminología utilizada, lo que demuestra que la redacción propuesta sigue las mejores prácticas a nivel comparado.

En nuestro país, la insuficiente regulación de este punto es también una de las grandes falencias del régimen que recurrentemente se señalan. En efecto, la versión original del CGP ni siquiera contaba con un reconocimiento expreso de la autonomía de la cláusula arbitral, lo que colocaba un manto de dudas sobre la viabilidad del sistema en su conjunto y facilitaba una importante herramienta a litigantes de mala fe. A este respecto, el profesor Pereira Campos (2003), en un artículo titulado “*Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*”, argumentó de manera persuasiva que aún sin previsión positiva expresa, la cláusula arbitral devenía autónoma del contrato en que estaba circunscripta, por diversos motivos tales como la diferencia en cuanto a su contenido, finalidad, función económica, causa, condiciones de validez, ley aplicable e incluso la teoría de los actos propios²⁷ (pp. 81 y ss.).

No obstante lo convincentes e incluso la lógica inherente a dichos argumentos, la falta de previsión expresa constituía un motivo de inseguridad jurídica. Uno de los pocos cambios efectuados por la Ley 19.090 al capítulo del arbitraje doméstico vino justamente a remediar ello, agregando el numeral 475.2 al CGP, que dispone: “*Corresponde también al tribunal arbitral conocer de las cuestiones relativas a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral.*”

Si bien no deja de ser un avance, dista de ser una solución ideal. Para el propio Pereira Campos (2015), “*su redacción no es todo lo clara y perfecta que se quisiera, ya que hace referencia sólo a la cláusula arbitral y al compromiso arbitral, pero no refiere también al contrato todo, como sería deseable*” (p. 572). Valentín (2015) también plantea que “*Seguramente por inadvertencia,*

26 Para un análisis desde la perspectiva comparada, ver Rivera (h), 2018, pp. 58 y ss.

27 Previo a la sanción de la Ley 19.090, esta postura fue apoyada por jurisprudencia de segunda instancia. Ver por ejemplo Sentencia 2/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno.

no se indica si la competencia del tribunal arbitral también comprende la resolución de la validez del contrato en el que la cláusula se inserta” (p. 548).²⁸

Chalar y Giuffra (2021) realizan además una certera crítica a la reforma en este respecto, dado que, si bien se avanzó al reconocer explícitamente la autonomía de la cláusula, al mismo tiempo se retrocedió al no tener en cuenta lo previsto por el inciso inmediatamente siguiente, que dispone que la parte ilegítimamente demandada en sede judicial deba deducir la excepción correspondiente, so pena de renunciar tácitamente al arbitraje. Así,

el legislador no parece haber reflexionado sobre el ‘día después’, ya que, una vez opuesta, la excepción debe ser sustanciada. Ello implica, como es obvio, la necesidad de bilateralizar con el actor la defensa opuesta, que luego será decidida en primera instancia y eventualmente, de mediar impugnación, en segundo grado (...) La previsión normativa del numeral 3 del art. 475 del CGP vulnera sin más el principio Kompetenz-Kompetenz consagrado en el numeral 2 del mismo artículo (pp. 88-89).

Con la redacción propuesta, este escollo queda salvado, dado que se prevé de forma expresa que, una vez interpuesta la excepción, el juez deberá remitir a las partes al arbitraje, “*Salvo que exista una clara y manifiesta nulidad del acuerdo de arbitraje, o sea evidente que el acuerdo de arbitraje es ineficaz o de ejecución imposible*”. Para Chalar y Giuffra (2021), el proyecto consagra “*una solución más moderna, que reconoce la necesaria injerencia del tribunal arbitral en la cuestión de establecer su propia competencia*” (p. 95).

Por último, es también digno de mención el numeral quinto del artículo 475, que agrega que la comparecencia a la conciliación previa no implica renunciar al arbitraje, y que la homologación judicial de un acuerdo implica renuncia sólo respecto de los puntos acordados. Esto tiene su razón de ser en una posición minoritaria reseñada por Pereira Campos (2015) que previo a la sanción de la Ley 19.090 sostenía que si en la “*audiencia de conciliación previa, cuando el futuro actor citaba al futuro demandado, el citado no alegaba la existencia de la cláusula arbitral y su voluntad de acudir al arbitraje, debía entenderse que renunciaba tácitamente a la Justicia Arbitral*” (p. 573).²⁹ Para el citado autor, dicha posición ya resultaba “*indefendible*” a la luz del art. 475.3 (que prevé que la renuncia tácita al arbitraje acontece solamente si una vez presentada la demanda el demandado no interpone la excepción respectiva), pero a través de este agregado ello se plasma a texto expreso y adicionalmente se prevé la posibilidad de arbitrar respecto de materias no alcanzadas por el acuerdo conciliatorio.

Por tanto, encontramos una vez más importantes reformas que apuntan directamente a los puntos débiles de la legislación vigente y persiguen su enmienda siguiendo a la doctrina más recibida.

28 En la misma línea, Arrighi (2014) considera que “*la reforma que se hiciera del artículo 475 del CGP no es suficiente.*” (p. 17). La deficiente redacción de este artículo ha traído consecuencias a nivel práctico. Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno consideró que una cláusula que sometía a arbitraje divergencias surgidas “*en el funcionamiento del contrato*” impedía al tribunal pronunciarse acerca de la validez o nulidad del mismo, por tanto desestimando la excepción de incompetencia interpuesta por la parte demandada (Sent. 186/2008).

29 Dicha interpretación ya había sido rechazada repetidamente en nuestra jurisprudencia. Ver al respecto Sentencias 230/2001 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno (LJU Caso 14.459) y 2/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno.

3.4 La reivindicación de las medidas cautelares

El proyecto de ley propone importantes modificaciones al artículo 488 del CGP. En primer término, establece que las medidas cautelares y demás diligencias previas se tramitarán ante el Tribunal de Apelaciones o Juez que hubiera entendido en segunda instancia (mientras que en la legislación vigente lo dispone el juez de primera instancia). Adicionalmente, se reconoce a texto expreso la validez de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral y se regula un mecanismo impugnativo para terceros afectados por las mismas. En tercer lugar, se otorga a los tribunales arbitrales la facultad de modificar, cesar o sustituir medidas cautelares que accedan al arbitraje dictadas por la justicia ordinaria. En cuarto lugar, y en sede de plazo de caducidad, se aclara que para interrumpirlo es suficiente con presentar la solicitud de arbitraje, y, espejando lo dispuesto en el artículo 311 del CGP, se reconoce que cuando se requiera la inscripción en un registro, el plazo recién comenzará a correr al onceavo día del libramiento del oficio por parte del tribunal. Por último, se le otorga la potestad al tribunal arbitral de recurrir al auxilio del Tribunal de Apelaciones o juez de segunda instancia a los efectos de efectivizar las medidas. Cuando se trate de comunicaciones a registros, podrá hacerlo directamente o a través de la justicia de ser necesario.

A este respecto, la Exposición de Motivos señala como otro de los pilares del proyecto la admisión de las *“medidas cautelares arbitrales, como se prevé para la órbita internacional en la Ley N° 19.636, superando una de sus principales objeciones: imposibilidad de que terceros no alcanzados por el acuerdo de arbitraje puedan impugnarlas ante el juez estatal.”*

Las medidas cautelares son, según la inmejorable definición de Couture (1960), aquellas *“dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse”* (p. 417).

En su faz arbitral, las mismas se enfrentaron históricamente al rechazo por parte de muchos ordenamientos por considerar que de ser procedentes se estarían asignando poderes coercitivos al tribunal, cuando dicha facultad era privativa de la justicia ordinaria. Sin embargo, ese razonamiento ha sido desterrado y, hoy en día, como explica Born (2021),

la tendencia al reconocimiento de mayores poderes a los árbitros para ordenar medidas provisionales refleja la creciente aceptación del arbitraje como mecanismo satisfactorio para resolver disputas comerciales internacionales complejas, el creciente reconocimiento por parte de los tribunales nacionales de que la participación judicial interlocutoria en el proceso arbitral puede ser contraproducente y el reconocimiento de que (en muchos casos) es deseable que el mismo tribunal resuelva tanto el fondo de una disputa como cualquier solicitud de medidas provisionales (p. 2612).

En nuestro país, el régimen cautelar del proceso arbitral doméstico vio la luz con falencias que no fueron resueltas efectivamente por la Ley 19.090. Su principal problema era que, al igual que con la autonomía de la cláusula, no reconocía la potestad del tribunal de dictar medidas cautelares. La reforma del 2013 efectuó dos cambios a este artículo: dispuso que tanto las medidas cautelares como las diligencias preliminares al arbitraje y los procedimientos tendientes a la formalización del compromiso se tramitarían ante el tribunal competente, y agregó un segundo inciso que fijó la caducidad de la medida

en caso de transcurrir treinta días luego de ser cumplida sin que se hubiera promovido judicialmente la constitución del tribunal arbitral y el otorgamiento del compromiso.

Esta segunda enmienda no fue objeto de críticas por la doctrina dado que, en palabras de Pereira Campos (2015), vino a resolver

una cuestión que generaba dificultades prácticas por la propia mecánica del proceso arbitral, distinta a la del proceso oficial: ¿Cómo se aplica el plazo de caducidad de 30 días del art. 311.2 del CGP cuando se adopta una medida cautelar como diligencia preparatoria de un arbitraje? (p. 574)³⁰

Más problemático resultó el primer inciso. La redacción original del artículo, si bien no asignaba al tribunal arbitral potestades cautelares, tampoco se las negaba, simplemente disponiendo que correspondía a la justicia ordinaria dictarlas de manera previa a la constitución del tribunal, permitiendo a cierta doctrina postular su procedencia una vez puesto en marcha el arbitraje (De Hegedus, 2000, p. 153, y Giuffra, 2007, p. 73).³¹ La modificación introducida por la Ley 19.090 mantuvo el *nomen iuris* de “Diligencias Preliminares” pero dejó de calificar a las medidas cautelares como diligencias previas. Si bien, como recoge Valentín (2015), “En la fundamentación del proyecto original de la SCJ se indica que las modificaciones del inciso primero son sólo de redacción”, en puridad lo que intentó ser un avance termina siendo un retroceso ya que “Si se asigna a este reordenamiento una significación relevante, el tribunal Estado será el único competente para disponer medidas cautelares, sea como proceso preliminar o en el curso del proceso arbitral principal” (pp. 549-550). Pereira Campos (2015) se suma a las críticas, entendiendo que el cambio en la redacción “plantea la pregunta de si esta norma sólo regula la medida cautelar como diligencia preparatoria previa al arbitraje o también es aplicable a la medida cautelar adoptada en cualquier momento del proceso arbitral” (p. 573).

Sin perjuicio de que ya existe doctrina que avala la potestad cautelar del tribunal aún con esta involución que comentamos³², Arrighi (2014) con razón considera que debe “incluirse expresamente la competencia del tribunal arbitral para el dictado de medidas cautelares una vez que el tribunal se encuentra constituido y sin perjuicio del apoyo de ‘imperium’ de la justicia estatal para la ejecución de las medidas” (p. 17).

El proyecto de ley atiende este punto, reconociendo a texto expreso la facultad de los tribunales de disponer medidas cautelares, pero no modifica el *nomen iuris*. De lege ferenda, consideramos que este sería uno de los cambios menores que lo fortalecerían.

30 Sin perjuicio de lo antedicho, una interesante hipótesis traída a colación por Valentín (2015) es la que acaece cuando “en la propia cláusula compromisoria o aún en el reglamento de arbitraje aplicable se establece la preceptividad de negociaciones o tentativas de solución de controversias previas a la conformación del tribunal arbitral. En estos casos, el que obtuvo la medida cautelar debería promover la constitución del tribunal arbitral o el otorgamiento del compromiso para interrumpir la caducidad sin perjuicio de, simultáneamente, promover las negociaciones o tentativas de solución de controversia” (p. 551). Este tangencial pero relevante punto no resulta contemplado en el proyecto. Ver al respecto apartado 3.5.

31 El texto legal igualmente fue motivo de acertadas críticas: se dijo que “No parece razonable que se le otorgue al árbitro la posibilidad -mayor- de decidir sobre el conflicto planteado y no la posibilidad -menor- de resolver sobre una medida precautoria solicitada por la parte” (Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000, p. 57).

32 Díaz y Rodríguez (2018) entienden que “Aún con la nueva redacción, que establece la competencia de los jueces para dictar las medidas cautelares previas y durante el proceso arbitral, la solución debería ser la misma. No hay una norma que impida a un tribunal arbitral decretar medidas cautelares por lo que debe admitirse esta posibilidad -que es además el criterio globalmente aceptado en el derecho comparado- con la única excepción de que las partes excluyeran por acuerdo dicha posibilidad” (p. 50).

Respecto a la interrupción del plazo de caducidad, el régimen vigente prevé que la medida cautelar cae si no se promueve judicialmente la constitución del tribunal y el otorgamiento del compromiso. Nuestros tribunales han entendido que el requisito queda cumplido “con presentar la solicitud de arbitraje o la demanda judicial para integrar el tribunal o que se otorgue el compromiso, según los casos.”³³ Así, para Díaz y Rodríguez (2018), “En los hechos es bastante improbable que las partes se pongan de acuerdo en un plazo de 30 días en la designación de los árbitros y/o se llegue a otorgar el compromiso arbitral.” Por tanto, concluyen que

bajo los reglamentos institucionales que prevén (...) la presentación de una ‘solicitud’ o ‘notificación de arbitraje’ como primer paso del procedimiento, la presentación de dicho acto es suficiente para evitar la caducidad de la medida. Si, por el contrario, se requiere asistencia judicial para integrar el tribunal o (...) otorgar el compromiso arbitral, será con la presentación de la solicitud judicial para tal fin, con independencia de que al vencer los 30 días el trámite no esté completo (pp. 52-53).³⁴

Estas puntualizaciones fueron también atendidas por el proyecto, que incorpora como causal interruptiva de la caducidad la sola presentación de la solicitud de arbitraje.

Otro aspecto, de índole práctica pero nada menor, es el que señala Giuffra (2007) como corolario del reconocimiento doctrinario pero no positivo de la potestad cautelar de los árbitros:

basta con imaginar las dificultades prácticas que se podrían suscitar al momento de inscribir un embargo trabado como medida cautelar o una anotación preventiva de la litis en el Registro correspondiente, inscripción que, de acuerdo con nuestra legislación actual, no podría llevarse a cabo (p. 73).

Es por ello que, según la autora, una reforma urge también en este aspecto. Esto también es recogido por el proyecto, que autoriza al tribunal a oficiar directamente al Registro respectivo o, en su defecto, requerir auxilio judicial para efectivizar la medida.

Antes de concluir este punto, es digno de mención el inciso segundo que el proyecto propone agregar al artículo 488 del CGP. Allí, además de reconocer la procedencia de las medidas cautelares arbitrales (analizado *supra*), se establece un mecanismo impugnativo para terceros afectados por ellas, ante el Tribunal de Apelaciones o la sede que hubiere entendido en el asunto en segunda instancia, a través del proceso incidental.³⁵ Como menciona la propia Exposición de Motivos, esto recoge las enseñanzas de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. La misma no es clara respecto de la potestad cautelar arbitral frente a terceros ni cuenta con un mecanismo específico para su impugnación.

33 Sentencia 938/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Tercer Turno, comentada por Díaz y Rodríguez, 2018, p. 51. La misma fue posteriormente ratificada por Sentencia 28/2015 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno.

34 En idénticos términos, para Pereira Campos (2015) “no hay que presentar la demanda del proceso arbitral para evitar la caducidad -ello en la práctica era imposible de cumplir en el plazo de 30 días- sino que hay que promover en ese plazo, judicialmente, la constitución del tribunal arbitral y el otorgamiento del compromiso.” (p. 574).

35 Bajo la redacción original del CGP, de Hegedus (2000) propugnó la fijación del límite del poder cautelar arbitral en la afectación de derechos de terceros, dado que “el sometimiento a arbitraje lo ha sido únicamente de las partes y no por estos terceros. Esta limitación deviene del origen mismo de la función jurisdiccional que ejerce el árbitro. La cual sólo está legitimada en la medida en que las partes así lo acordaron.” (p. 156).

También aquí estamos ante innovaciones positivas, pero que adicionalmente en este caso no quedan limitadas al arbitraje doméstico sino que complementarán nuestra legislación en materia de arbitraje internacional.³⁶

3.5. Enmiendas sugeridas

Desde el título mismo de esta nota se desprende nuestra opinión favorable a la reforma que se plantea. No obstante ello, en el transcurso de la investigación fue posible identificar algunos puntos que son resueltos con mayor solvencia en la legislación comparada o aportes doctrinarios que podrían ser contemplados para fortalecer el proyecto.

El primer ítem, más general, refiere a la larga discusión respecto de la autonomía del arbitraje y su independencia tanto del Derecho Procesal como del Derecho Comercial. En efecto, el enorme desarrollo que ha tenido la disciplina en los últimos tiempos, de la mano de una globalización que eliminó las fronteras, le ha permitido desarrollar principios e institutos propios, que a nuestro juicio sobradamente justifican su tratamiento de manera autónoma. Esta es la vía que han seguido la mayoría de las jurisdicciones, al punto que según Fernández Arroyo (2015), de Latinoamérica solamente en Uruguay y Haití “*el arbitraje sigue prisionero del corpus procesal.*”³⁷

Ingresando al articulado en sí, consideramos que el art. 475.2 podría ser modificado para incluir dentro de la competencia del tribunal arbitral no solamente el poder de decisión respecto de la validez de la cláusula sino de la totalidad del contrato, en línea con lo que ha manifestado la doctrina.³⁸

Con respecto al artículo 488, sobre diligencias preliminares y medidas cautelares, cuya modificación por la Ley 19.090 tantos problemas ocasionara, entendemos que si bien la enmienda sugerida va en el camino correcto, sería beneficioso modificar también el *nomen iuris* incluyendo a estas últimas, para que su aplicabilidad por el tribunal arbitral en el decurso del proceso quedara fuera de toda duda.

Dentro de este mismo artículo, pero con relación a la caducidad de la medida, consideramos de recibo el comentario de Valentín respecto de la previsión a texto expreso de la posibilidad que una cláusula escalonada demore la presentación de la solicitud de arbitraje o de constitución del tribunal.³⁹

36 El artículo 472.2 propuesto establece que las normas del arbitraje doméstico pueden ser aplicadas a arbitrajes internacionales “cuando la sede del arbitraje esté ubicada en la República y en todo lo que no esté previsto por los tratados internacionales ratificados por el país o en la legislación uruguaya sobre arbitraje internacional.” Consiguientemente, entendemos que por esta vía se estaría complementando la Ley 19.636.

37 El autor agrega que “aunque uno pueda abstenerse de inclinarse por una de las posturas ‘contractualista’ o ‘procesalista’ en disputa, lo que no puede dejar de hacer es descartar tajantemente que el arbitraje pertenezca, en tanto que disciplina jurídica, al derecho procesal. Hace rato que el arbitraje constituye ontológicamente una disciplina autónoma en la que hay, claramente, elementos procesales. En realidad, nada hay más diferente al arbitraje moderno que el ‘proceso’ objeto del derecho procesal”. Sin perjuicio de estar lejos de esta discusión en la actualidad, es dable dejar constancia que cuando en el futuro se dé este debate -que es inevitable- se deberá ponderar seriamente la conveniencia de mantener un sistema dualista y de no transitar hacia uno monista al estilo de legislaciones ejemplares como la peruana. Países que siguen rigiendo a los arbitrajes domésticos e internacionales por reglas disímiles (exceptuando a Francia que es un caso particular) como Argentina, lo hacen obedeciendo a su arquitectura constitucional que impide legislar a nivel federal sobre aspectos procesales (Caivano, 2021).

38 Ver al respecto opiniones de Pereira Campos (2015), Valentín (2015) y Arrighi (2014) reseñadas *supra* en sección 3.3. Esto solucionarían escollos como el acaecido en la Sentencia 186/2006 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno también referida.

39 Ver *supra* sección 3.3.

Por último, una herramienta que se encuentra ausente del proyecto, pero de gran utilidad práctica, y que es a su vez prevista por muchos de los reglamentos arbitrales, es la del árbitro de emergencia. Consideramos que su positivización sería también conveniente, hecho que debería traer aparejado el reconocimiento de potestades cautelares que son en la mayoría de los casos su misma razón de ser.⁴⁰

4. Conclusión

El proceso arbitral doméstico nació en declive y ha quedado obsoleto.⁴¹ De ahí que su reforma, más que oportuna, resulte imperiosa. Efectuarla de manera armónica y tomando como insumo las mejores prácticas a nivel comparado, constituiría sin duda uno de los mojones más importantes para el arbitraje en la historia reciente, solo equiparable a la también trascendente aprobación de la LACI hace ya un lustro.

Como decíamos al principio, el arbitraje doméstico y el internacional son dos caras de la misma moneda; con particularidades por cierto, pero estrechamente emparentados. Un régimen doméstico pro arbitraje, que anime a los justiciables a escogerlo, con instituciones de vanguardia y rodaje, puede dinamizar y potencializar a esta disciplina, lo que a su vez prestigiará al Uruguay como sede de referencia a nivel internacional, un objetivo que se encuentra perfectamente a nuestro alcance y que traería al país consecuencias sumamente favorables.⁴²

Sin duda que el proyecto es perfectible, y que además merecerá análisis más profundos que los permitidos por un estudio de estas características, que no persigue otro fin que realizar un paneo por sus principales disposiciones. Pero de lo que tampoco caben dudas es que se trata de una iniciativa formidable que merece ser reconocida.

Ahora es de esperar que el proyecto sea estudiado y aprobado, y que no le toque, como a tantos que vinieron antes y que le sobrevendrán, dormir el sueño de los justos en el Parlamento nacional.

40 Por ejemplo, Singapur reformó su ley de arbitraje internacional en 2012 para contemplar a los árbitros de emergencia tanto dentro del concepto de tribunal arbitral como de laudo, a los efectos de su ejecución. Hong Kong también enmendó su ordenanza de arbitraje en 2013 para permitir que una decisión de emergencia pueda ser ejecutada judicialmente de la misma manera que un laudo. Ver al respecto Figueroa Valdés, 2017.

41 Couture (1945) dijo que el CPC “nació en retardo aún con relación a la época en que fue promulgado” (p. 19). Como se vio a lo largo de este estudio, similar concepto podría esgrimirse respecto del proceso arbitral del CGP.

42 El Uruguay se encuentra en la delantera tanto desde el punto de vista legislativo (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley de Derecho Internacional Privado, Convención de Nueva York, entre muchas otras) como jurisprudencial, con un Poder Judicial sumamente respetuoso del arbitraje, algo que no debemos dar por sentado (Arrighi, 2019, pp. 309-310). Sobre los beneficios de la modernización de la legislación en materia de arbitraje, se ha comprobado que la introducción de reformas legislativas implica un aumento de entre 18 y 27% en el número de arbitrajes que tienen lugar en el país en cuestión (Drahozal, 2008, p. 668). El impacto de esto es claro: como dice Caivano (2020), “en arbitrajes de cierta envergadura, ello puede significar que varias decenas de personas, durante varios días estén consumiendo servicios en el lugar. Sin contar con que puede requerirse la contratación de abogados en la sede, y en ocasiones resulta imperativo hacerlo.” (§ 2.2.3). Un caso de estudio en la materia es Singapur, con quien Uruguay comparte la ventaja de la geografía, siendo un foro neutral entre potencias. Ver al respecto MacArthur, 2018, pp. 165 y ss.

Referencias bibliográficas

- Alberdi, J. B. (2003). *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*. Buenos Aires: Ed. Losada.
- Arena, M. (2019). El despegue del arbitraje en Uruguay y la necesaria eliminación del compromiso arbitral. *Tribuna del Abogado*, No. 213.
- Arrighi, P. (2014). Situación actual del arbitraje nacional e internacional en Uruguay. *Revista Judicatura*, T. 56.
- Arrighi, P. (2019). La loi uruguayenne sur l'arbitrage commercial international. *Revue de l'Arbitrage*, No. 1.
- Barrios de Angelis, D. (1956). *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.
- Born, G. B. (2016). *International Arbitration Law and Practice*. Amsterdam: Wolters Kluwer.
- Born, G. B. (2021). *International Commercial Arbitration*, 3ª Ed. Kluwer Law International.
- Caivano, R. J. (1997). *El compromiso arbitral: una institución inconveniente*. TR LALEY AR/DOC/15280/2001
- Caivano, R. J., y Aguilar, F. (2006). *Notas sobre el arbitraje de equidad o de amigables compondores*. TR LALEY 0003/012791.
- Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- Caivano, R. J., y Ceballos Ríos, N. M. (2020). *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Caivano, R. (2021). Propuestas para mejorar la legislación sobre arbitraje doméstico. *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 7.
- Cantuarias, F. (1995). El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje. *Revista Derecho PUCP*, No. 49.
- Couture, E. J. (1945). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo.
- Couture, E. J. (1960). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
- Chalar, L., y Giuffra, C. (2021). El art. 475.3 del CGP: aproximación a su problemática. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1-2.
- De Hegedus, M. (2000). El poder cautelar de los árbitros. *Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Díaz, S., y Rodríguez, A. (2018). Medidas cautelares en arbitraje. *Revista de Derecho y Tribunales*, No. 33.
- Drahozal, C. R. (2008). Busting Arbitration Myths. *Kansas Law Review*, vol. 56.
- Ermida Uriarte, O. (1983). Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo. *Anales del Foro*, No. 43-44.

- Fernández Arroyo, D. P., y Vetulli, E. H. (2015). *El nuevo contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial: ¿un tren en dirección desconocida?* TR LALEY AR/DOC/2992/2015.
- Figuerola Valdés, J. E. (2017). El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras. *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 1.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2021). *Actualización Curso de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gaillard, E., y Banifatemi, Y. (2008). Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Londres: Cameron May.
- Garmendia Arigón, M. (2018). La incompatibilidad del proceso arbitral del CGP con la materia laboral individual. *Revista Derecho del Trabajo*, No. 21.
- Giuffra, C. (2007). *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Holtz, N. (2016). *Beware the midnight clause: Hold the champagne?* JAMS ADR.
- Leray, R. (1927). *L'arbitrage et la Loi nouvelle sur la Clause compromissoire*. Paris: Dalloz.
- Loustaunau, N. E. (2007). *La Jurisdicción del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- MacArthur, E. (2018). Regulatory Competition and the Growth of International Arbitration in Singapore. *Appeal Law Review*, vol. 23.
- Malel, E. (2011). La falta de solemnidad del compromiso arbitral no es subsanable ni sustituible por ningún otro acto o negocio jurídico. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T. 97.
- Mereminskaya, E. (2007). La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. *Revista Foro de Derecho Mercantil*.
- Olivera García, R., y Jiménez de Aréchaga, M. (2000). *El Arbitraje en Uruguay*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje.
- Operti Badán, D. (2022). Primera Lectura de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay. *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Ed. Idea.
- Pereira Campos, S. (1995). Aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 4.
- Pereira Campos, S. (2003). Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 2, No. 4.
- Pereira Campos, S. (dir.) (2015). *Código General del Proceso. Reformas de la Ley 19.090 y posteriores comparadas y comentadas*, 3ª Ed. Montevideo: Universidad de Montevideo.

- Picardo, S. y Tiscornia, A. (2021). ¿Luz roja para el arbitraje laboral? Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente (con énfasis en el caso “UBER”). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 20, No. 40.
- Plá Rodríguez, A. (1990). *Curso de Derecho Laboral*, T. I, vol. 1. Montevideo: Ed. Idea.
- Rivera, J. C. (2018). *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia*. TR LALEY AR/DOC/3232/2018
- Rivera, J. C. (h) (2018). El efecto negativo del principio Competence-Competence en el arbitraje comercial. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, T. 78, No. 1.
- Santi, A. (2021). Presentación de anteproyecto de Ley de Arbitraje Nacional: un impulso hacia la jerarquización del arbitraje doméstico. *Tribuna del Abogado*, No. 217.
- Santos Belandro, R. B. (2002). *Seis lecciones sobre el arbitraje privado interno e internacional*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
- Sowell, T. (2002). *The Quest for Cosmic Justice*. Nueva York: Ed. Touchstone.
- Valentín, G. (2015). *La Reforma del Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vargas Llosa, M. (2018). *La Llamada de la Tribu*. Montevideo: Ed. Alfaguara.
- Von Mehren, A. T. (1986). International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence. *Louisiana Law Review*, vol. 46, No. 5.

MARÍA PÍA RUGGIERI

Universidad de Montevideo (Uruguay)

pia.ruggieri@cuatrecasas.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9312-0487>

Lucía VILASECA

Universidad de Montevideo (Uruguay)

lvilaseca@guyer.com.uy

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0334-4370>

Recibido: 26/10/2022 - Aceptado: 18/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Ruggieri, María Pía y Vilaseca, Lucía (2022). El efecto negativo del Kompetenz – Kompetenz en los tribunales uruguayos.

Revista de Derecho, 21 (42), 127-152. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.7>

El efecto negativo del *Kompetenz – Kompetenz* en los tribunales uruguayos

127

Resumen: El principio de *kompetenz-kompetenz*, o “competencia de la competencia” - ampliamente reconocido en el mundo arbitral - implica que, quien tiene competencia para pronunciarse sobre la validez o extensión de toda cláusula arbitral, es el propio tribunal arbitral. La contracara de este reconocido principio es que, si se plantea un caso ante un juez nacional, y dicho caso contiene una cláusula arbitral, el juez deberá remitir las actuaciones a arbitraje. La faz negativa de este principio se da con diferente intensidad y características en diversas jurisdicciones. El presente trabajo analiza el efecto negativo de este principio en la jurisdicción uruguaya.

Palabras clave: Arbitraje, cláusula arbitral, jurisdicción, competencia

Negative effect of the *Kompetenz - Kompetenz* principle in Uruguayan courts

Abstract: The *kompetenz-kompetenz* principle – vastly known in the arbitration world – implies that, the competent authority to decide regarding the validity or scope of any arbitral clause, is the arbitral tribunal itself. The other side of this renowned principle is that, if a case is submitted to a national court, and it contains an arbitration clause, the local court or judge must refer the case back to the arbitration forum. The negative effect of this principle exists with diverse intensity and characteristics in all the jurisdictions. This article analyzes the negative effect of this principle in the Uruguayan courts.

Keywords: Arbitration, arbitral clause, jurisdiction, competence

O efeito negativo do *Kompetenz – Kompetenz* nos tribunais uruguaios

Resumo: O princípio de *kompetenz-kompetenz*, ou “competência de competência” - amplamente reconhecido no mundo da arbitragem - implica que o próprio tribunal arbitral é competente para se pronunciar sobre a validade ou extensão de qualquer cláusula compromissória. O outro lado desse princípio reconhecido é que, se um caso for levado a um juiz nacional, e esse caso contiver uma cláusula compromissória, o juiz deve encaminhar o processo para arbitragem. A face negativa desse princípio ocorre com intensidade e características diferentes em diferentes jurisdições. Este artigo analisa o efeito negativo deste princípio na jurisdição uruguaia.

Palabras-chave: Arbitragem, cláusula compromissória, jurisdição, competência



1. Introducción

En palabras del Prof. Paul Arrighi (2016), “los jueces estatales están llamados en múltiples ocasiones a pronunciarse - explícita o implícitamente - sobre el alcance de una cláusula arbitral” (p. 7). Una de estas ocasiones, es cuando deben resolver si hacen valer una cláusula arbitral, declinando jurisdicción a su favor, o si la dejan de lado para continuar entendiendo en el asunto. Esto es lo que se conoce como el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, por su denominación en alemán.¹

Junto con el principio de consentimiento, podría decirse que es uno de los pilares sobre el que reposa el sistema de arbitraje. En consecuencia, no resulta sorprendente encontrar infinitas bibliotecas en las que se desarrolle esta cuestión. No obstante, muchas veces estos trabajos, sin restarles su mérito, pasan por alto que se trata de una cuestión íntimamente relacionada con las jurisdicciones domésticas. En definitiva, la contracara de la doctrina del *kompetenz-kompetenz* es que un juez doméstico se encuentra impedido de resolver una controversia sobre la existencia un acuerdo arbitral, incluso cuando la validez y eficacia del mismo se encuentre cuestionada, al menos hasta que se haya emitido el laudo en jurisdicción (Born, 2021, p. 1163). Esta exclusión de la jurisdicción ordinaria, se fundamenta en los términos de las leyes de arbitraje nacionales, así como de los instrumentos de arbitraje internacional (Born, 2021, p. 1163).

Asimismo, se ha propuesto que se trata de una ficción legal necesaria para que el arbitraje pueda ser efectivo en la práctica (Brekoulakis, 2009, p. 239). De lo contrario, bastaría que una de las partes negara la jurisdicción del tribunal alegando que el acuerdo arbitral es nulo, para impedir que se siguiera con un procedimiento arbitral.

Esto que a primeras luces parece sencillo y prácticamente evidente, en la práctica puede encontrar sus dificultades. Por tanto, resulta necesario definir claramente su concepto, así como analizar su tratamiento en el derecho comparado, para finalmente entender cuál es la postura de los tribunales domésticos uruguayos.

En el plano teórico, no existen discrepancias en cuanto a la aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz* y su aspecto negativo, referido a la falta de jurisdicción de las cortes locales (Gaillard y Savage, 1999, p. 397).

En este sentido, la doctrina expresa que prácticamente todos los sistemas legales reconocen, en mayor o menor medida, su aplicación (Born, 2021, p. 1141). En otras palabras, existe consenso a nivel internacional sobre que los tribunales arbitrales están facultados a considerar y decidir disputas respecto de su propia jurisdicción. Born (2021) llega incluso a decir que se trata de una proposición básica del arbitraje internacional que debe considerarse universalmente aceptada. Por su parte, Gaillard (1999) expresa que es uno de los principios más importantes y a la vez controvertidos del arbitraje internacional.

Pero pese a este gran nivel de aceptación teórico, aún se encuentran soluciones extremadamente variadas a nivel nacional sobre su enfoque y, en definitiva, la respuesta

¹ Debido a la popularidad del término, y por cuestiones de eficiencia, hemos decidido utilizar su denominación en alemán del principio a lo largo de este trabajo. No obstante, es importante tener en mente que algunos expertos en la materia, como Emmanuel Gaillard, han señalado que debe preferirse la denominación en inglés “*competence-competence*”. Esto se debe a que sostienen que es una paradoja utilizar el nombre alemán, cuando este país ha sido renuente a aceptar el principio. Ver, por ejemplo, Gaillard, E. y Savage J. (1999).

a la pregunta de cómo y cuándo debe distribuirse la competencia entre los tribunales internacionales y las cortes domésticas (Born, 2021, p. 1142).

Pero antes de adentrarnos en estas diferencias, es importante delimitar este concepto. Como bien adelantamos, existe un efecto negativo que se cristaliza en que un tribunal doméstico se encuentra impedido de decidir ante la presencia de una cláusula arbitral. Naturalmente, la contracara de esto es el efecto positivo, que implica que son los tribunales arbitrales los que están habilitados a decidir sobre su propia competencia, y que pueden continuar conociendo en el asunto, aun cuando la misma existencia o validez del acuerdo arbitral se encuentre cuestionada (Gaillard y Savage, 1999, p. 399). Es en la manifestación negativa del *kompetenz-kompetenz* donde se encuentran esas discrepancias que comentábamos.

2. Aplicaciones del efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* en diversas jurisdicciones

Siguiendo la clasificación realizada por Born (2021), podemos encontrar, a nivel de derecho comparado, 3 enfoques. Hemos llamado a estas tres posturas: (i) pleno efecto; (ii) rechazo del efecto negativo; y (iii) punto medio.

A. Pleno efecto

Un primer grupo de jurisdicciones es aquel en que los tribunales nacionales no están autorizados a considerar las objeciones jurisdiccionales de manera interlocutoria, sino que deben esperar a la decisión del árbitro o tribunal arbitral correspondiente (Born, 2021, p. 1142). Aquí vemos a renombradas sedes arbitrales, como Francia² y Singapur. Tanto en Francia como en Singapur existen decisiones judiciales bien ilustrativas acerca de la primacía que ambas otorgan a la doctrina del *kompetenz-kompetenz*.

A modo de ejemplo, en 2015, el Tribunal Supremo de Singapur debió resolver un caso en el cual existían dudas acerca de la existencia de la cláusula arbitral. Resumidamente, la parte demandada en un arbitraje solicitó una declaración del Tribunal Supremo de Singapur de que no existía un acuerdo arbitral válido, y que, en consecuencia, el arbitraje que estaba siendo conducido bajo el auspicio del Singapore International Arbitration Center (“SIAC”), debía ser anulado. También solicitó una medida que impidiera a la parte demandante en dicho arbitraje continuar con el procedimiento, hasta que no fuera resuelta su acción doméstica. El argumento principal de la parte demandante era que esta jamás había firmado el acuerdo arbitral y que la firma allí contenida había sido falsificada. Por el contrario, la parte demandada solicitó que se suspendiera el proceso doméstico hasta tanto no se resolviera el arbitraje.

2 El artículo 1458 del Código Procesal Civil de Francia dice: *Where a dispute, referred to an arbitration tribunal pursuant to an arbitration agreement, is brought before a court of law of the State, the latter must decline jurisdiction. Where the case has not yet been brought before arbitration tribunal, the court must also decline jurisdiction save where the arbitration agreement is manifestly null. In both cases, the court may not raise sua sponte its lack of jurisdiction.*

El Tribunal Supremo de Singapur, al decidir esta acción, indicó que se trataba de un problema semejante al famoso dilema sobre qué vino primero, si el huevo o la gallina.³ En definitiva, la ley aplicable remitía la cuestión sobre existencia, validez y terminación de un acuerdo arbitral al tribunal arbitral, pero el debate se volvía circular considerando el argumento de la demandada de que ni siquiera existía un acuerdo arbitral.

Finalmente, el Tribunal Supremo de Singapur resolvió que, aunque es cierto que podría existir un cierto nivel de incomodidad al remitir la cuestión a un tribunal arbitral si éste luego entendía que no existía un acuerdo de arbitraje, que el principio de *kompetenz-kompetenz*, que calificó como de larga trayectoria, debía primar.⁴ Para este Tribunal, resolver lo contrario llevaría a dibujar líneas cada vez más finas para la aplicación del principio. También, sustentó su fallo en que existía un acuerdo *prima facie*, y por tanto, debía suspenderse todo procedimiento doméstico mientras estuviera pendiente el arbitraje⁵.

Por su parte, Francia ha sido tradicionalmente la jurisdicción más progresiva en esta materia, prohibiendo a las cortes nacionales revisar la validez de un acuerdo arbitral (Brekoulakis, 2009, p. 240; Michou, 2009).⁶ Las decisiones de la Corte Suprema naturalmente refuerzan esta idea. En suma, la postura de la corte francesa ha sido que, en aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, las cortes francesas deben declinar jurisdicción, salvo en tres hipótesis: (i) que el tribunal arbitral aún no se encuentre constituido; (ii) que el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo; o (iii) que el acuerdo arbitral sea manifiestamente inaplicable.

Estas excepciones traen dos consecuencias. Primero, que si el tribunal arbitral se encuentra constituido, las cortes domésticas deben remitir la cuestión a dicho tribunal, estableciendo así su prioridad absoluta. Y segundo, que es necesaria una revisión sumaria o *prima facie*, para analizar si la nulidad o inaplicabilidad es evidente o incontestable. La finalidad del sistema francés es, sobre todo, evitar la existencia de procedimientos paralelos, y la multiplicación de costos.

B. Rechazo del efecto negativo

En un segundo grupo, encontramos jurisdicciones en que, aunque se permite que un tribunal arbitral resuelva objeciones jurisdiccionales, en cualquier momento una corte doméstica puede decidir sobre esa misma cuestión (Born, 2021, p. 1143). Por tanto, admiten plenamente el efecto positivo de la doctrina del *kompetenz-kompetenz*, y no así el efecto negativo. Un ejemplo de este grupo es China e Indonesia.

Por ejemplo, la ley de arbitraje de China cuestiona seriamente la aplicación del principio y reserva competencia para dirimir cuestiones jurisdiccionales a las cortes chinas y a las instituciones arbitrales (las que no han de ser confundidas con los tribunales arbitrales) (Born, 2021, p. 1157).⁷

3 Malini Ventura c. Knight Capital Pte Ltd, Tribunal Supremo de Singapur, SGHC 225, 2015, para. 19.

4 Malini Ventura c. Knight Capital Pte Ltd, Tribunal Supremo de Singapur, SGHC 225, 2015, para. 37.

5 Malini Ventura c. Knight Capital Pte Ltd, Tribunal Supremo de Singapur, SGHC 225, 2015, para. 42.

6 Gefu Küchenboss y Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs c. Corema, Corte de Casación de Francia, 8 de abril de 2009.

7 El artículo 20 de la Ley China de Arbitraje dice: *If a party challenges the validity of the arbitration agreement, he may request the arbitration commission to make a decision or apply to the People's Court for a ruling. If one party requests the arbitration commission to make a decision and the other party applies to the People's Court for a ruling, the People's Court shall give a ruling.*

Esta solución propone entonces que toda vez que surja una disputa acerca de la competencia arbitral, se pueda perseguir la objeción ante la corte doméstica competente de forma paralela al arbitraje (Capiel, 2010, p. 2). Esto implica que una decisión posterior negativa por la corte lleva a la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento arbitral.

Esta postura llevada a un extremo, podría llegar a negar también el efecto positivo y proponer que siempre que existan cuestionamientos de competencia, se suspenda el arbitraje hasta que una corte estatal resuelva el punto (Capiel, 2010, p. 2).

C. Punto medio

Finalmente, en el tercer grupo, se enmarcan las jurisdicciones que adoptan un término medio, en el que reconocen el efecto positivo, pero permiten una revisión por tribunales nacionales en ciertos casos previamente delimitados (Born, 2021, p. 1143). Por tanto, el tratamiento difiere en base a la naturaleza del acuerdo arbitral y de la objeción planteada, y en base a cuestiones de equidad y eficiencia planteadas en el caso particular. Este es el caso de algunos países que adoptaron la Ley Modelo CNUDMI (la “Ley Modelo”).

La Ley Modelo consagra el principio en el artículo 8 en los siguientes términos:

El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Como se desprende del lenguaje, parece claro que en principio una corte doméstica se encuentra impedida de resolver cuestiones de competencia, salvo cuando el acuerdo de arbitraje en cuestión sea (i) nulo; (ii) ineficaz; o (ii) de ejecución imposible. No obstante, esto no aclara qué tipo de control deberá hacer el juez nacional para determinar la nulidad, ineficacia o la imposible ejecución de un acuerdo de arbitraje.

Una solución es que, dado que el texto del artículo no lo prohíbe, que el juez pueda decidir interlocutoriamente una objeción sobre estas bases en cualquier instancia del procedimiento, y entrando a considerar la misma con profundidad. Otra solución, es similar a la postura francesa ya comentada, y es que el juez solo tiene autoridad para examinarlo *prima facie*.

Quienes abogan por la primera solución se basan en el texto del artículo, que utiliza la palabra “*comprobar*” para referirse a los casos en los que un juez puede emitir un fallo sobre la competencia de un tribunal arbitral (Born, 2021, p. 1174). Por su sentido liso y llano, la palabra *comprobar* parece indicar que es necesario hacer un examen detallado del asunto. Esta interpretación se hace fuerte con una revisión de la historia legislativa de la Ley Modelo, en tanto se rechazó una propuesta que sugería utilizar prácticamente el mismo lenguaje que el Código de Procedimiento de Francia, en el que se utiliza la palabra “*manifestamente*”, y por tanto, solo se admitía una revisión preliminar, o *prima facie* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [UNCITRAL], 1983, p. 67).

De todas formas, incluso reconociendo que de regla procede un examen exhaustivo, también se ha entendido que nada prohíbe a un juez realizar solamente un análisis *prima*

facie, por ejemplo, cuando observa que el recurso ante las cortes domésticas está siendo utilizado como una táctica dilatoria (Born, 2021, p. 1176).

Algunos de los países que han tomado esta postura han sido Nueva Zelanda, Australia, Inglaterra, Austria y España.

En cuanto a la segunda interpretación al artículo 8 de la Ley Modelo, algunos países han insistido en que solamente corresponde a las cortes domésticas un análisis *prima facie*. Una jurisdicción donde se encuentran sentencias en este sentido es Canadá, aunque debe hacerse la salvedad de que su jurisprudencia no es unánime en este punto (Bachand, 2009, p. 436).⁸ En términos generales, existe una tendencia a resolver objeciones jurisdiccionales que son claras o evidentes, y reservar para los tribunales arbitrales aquellas que resultan más complejas y por tanto ameritan un análisis más exhaustivo (Born, 2021, p. 1181). También se ha propuesto dividir el examen según se trate mayormente de cuestiones de hecho o de derecho, reservando estas últimas a las cortes domésticas y las primeras a los tribunales arbitrales (Bachand, 2009, p. 436).

También en Canadá se encuentran antecedentes en los que se deja a discreción de la corte si referir o no el debate jurisdiccional al árbitro, basándose en las particularidades de un caso, y sobre todo, por consideraciones de equidad y eficiencia. Por ejemplo, la eficiencia puede verse comprometida cuando la objeción jurisdiccional está íntimamente relacionada con los méritos del caso, y por tanto, sería excesivamente oneroso que la corte entre a resolverla.⁹

3. Aplicaciones del efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* en reglamentos arbitrales

Los reglamentos arbitrales más relevantes tienen una tendencia a aceptar plenamente el *kompetenz-kompentez*. Aunque se pronuncian de forma expresa en su faz positiva, en la mayoría de los casos indicando que es una facultad del tribunal resolver cuestiones acerca de su propia competencia, creemos que esto es un reflejo de la aceptación plena del principio en el ámbito internacional.

A modo de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), lee en su artículo 23(1) “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje*”. El Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”) recoge este artículo en términos idénticos.¹⁰

Por su parte, el artículo 6(5) Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) indica que “*En todos los casos decididos por la Corte bajo el Artículo 6(4), cualquier decisión relativa a la competencia del tribunal arbitral, excepto en relación con partes o demandas*

8 Gulf Canada Resources Ltd c. Arochem International Ltd, Corte de Apelaciones de Columbia Británica, 1992.

9 ABN Amro Bank Canada c. Krupp MaK Maschinenbau GmbH, Corte Suprema de Ontario, 1994.

10 Reglamento de Arbitraje de la CPA, artículo 23(1).

respecto de las cuales la Corte decida que el arbitraje no debe proseguir, será tomada por el propio tribunal arbitral”.

En el mismo sentido se encuentran los artículos relevantes de otros reglamentos arbitrales, como SIAC¹¹, LCIA¹², ICDR¹³ y HKIAC¹⁴.

4. La aplicación del efecto negativo en la jurisprudencia uruguaya

Cabe cuestionarse entonces, qué grado de incidencia aplica respecto del efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* en la jurisprudencia uruguaya. Así, de las sentencias analizadas¹⁵ se extrae con claridad, en cuál de las posiciones previamente explicadas se encuentra Uruguay. Esto es, precisamente en aquellas jurisdicciones del punto medio.

Ello por cuanto, a pesar de ser una jurisdicción de amplio respeto al arbitraje, los jueces locales realizan un análisis sobre si corresponde recurrir a la justicia arbitral o no. No resultaría correcto tildar dicho análisis de un análisis simplemente liminar, o *prima facie*, ya que existen numerosos pronunciamientos que analizan con profundidad el reclamo, la cláusula arbitral en cuestión, y demás elementos presentes, para decidir si declinan competencia o no.

Por lo tanto, estimamos acertado colocar a Uruguay dentro de las jurisdicciones del punto medio, teniendo por un lado gran respeto ante la presencia de una cláusula arbitral, pero al mismo tiempo, jueces locales que ingresan a considerar con detalle el caso previo a decidir.

Asimismo, se encuentra presente en el ordenamiento jurídico uruguayo, una disposición específica destinada a esta interrogante: el artículo 475 del Código General del Proceso.¹⁶ Dicho artículo contiene tres incisos, (i) en primer lugar consagra que la cláusula arbitral supone la renuncia al derecho natural de recurrir a las cortes locales; (ii) en segundo lugar consagra el principio de *kompetenz-kompetenz*; y (iii) finalmente prevé que si se recurre a las cortes locales y ninguna de las partes hace valer la cláusula arbitral, se considera renunciada la vía arbitral. Es así, que se prevé la faz activa del principio, sin que la faz negativa tenga una solución legal expresa.¹⁷

11 Singapore International Arbitration Center, art. 28(2).

12 London Court of International Arbitration, art. 23(1).

13 International Centre for Dispute Resolution, art. 21(1).

14 Hong Kong International Arbitration Centre, art. 19(1).

15 El alcance de sentencias analizadas fueron aquellas disponibles en la Base de Jurisprudencia Nacional, cargadas a octubre del 2022.

16 475.1 La cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones comprendidas en dicha cláusula, las que se someten al tribunal arbitral.

475.2 Corresponde también al tribunal arbitral conocer de las cuestiones relativas a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral.

475.3 No obstante lo establecido en los numerales anteriores, si interpuesta la demanda ante los órganos del Poder Judicial el demandado no hiciera valer la cláusula compromisoria a través de la excepción respectiva, se entenderá renunciada la vía arbitral con relación a la pretensión planteada, continuando las actuaciones ante el órgano judicial competente.

17 Sin perjuicio de esto, el principio resulta ampliamente reconocido en el país, ya que previo a su consagración expresa, resultaba aceptado. (Según se expresa en Pereira Campos (2016). (pp. 84 y 86).

Por lo tanto, para considerar su funcionamiento, corresponde analizar los pronunciamientos específicos de nuestras cortes locales.

Previo a ello, nos remitimos a un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, al evaluar lo resuelto en las cortes de inferior jerarquía, expresa lo que en pocas palabras resume la postura de la jurisprudencia uruguaya:

no puede entenderse que el Tribunal hubiera aplicado erróneamente las normas del C.G.P. que regulan el arbitraje, sino que por el contrario, analizó conforme a derecho la cláusula pactada entre las partes, arribando a la conclusión de que sería el Tribunal Arbitral quien debería resolver la reclamación efectuada por el accionante.¹⁸

Dicho fallo resume la posición de la jurisprudencia, que realiza un control de la cláusula arbitral y el reclamo, previo a declinar o asumir competencia.

En este sentido, de la jurisprudencia considerada se extraen las siguientes características:

a. La jurisprudencia uruguaya respeta la presencia de cláusulas arbitrales y la existencia del principio de kompetenz-kompetenz

El principio citado es reiteradamente consagrado, y su implicancia en cuanto a que es el tribunal arbitral quien debe interpretar la cláusula y decidir sobre su propia competencia¹⁹.

Así, se ha expresado: *“La tendencia a la expansión de la jurisdicción arbitral ha llevado a sostener incluso que, habiendo una cláusula compromisoria, son los propios árbitros quienes deben juzgar si el conflicto planteado encuadra o no dentro de la competencia asignada”.*²⁰

Incluso, ante un caso en que la excepción de jurisdicción fue incorrectamente planteada por quien la pretendió alegar, se amparó la protección al arbitraje, considerando la Sede que no existió una renuncia.²¹ En la misma dirección, se declaró la falta de jurisdicción de oficio.²²

En algunos pronunciamientos, esta cuestión es mencionada junto con la consagración de un criterio *“pro-arbitraje”*.²³

De este modo, se extrae con fuerza de nuestra jurisprudencia, el fuerte respeto ante las cláusulas arbitrales pactadas, y la competencia de los árbitros de decidir sobre su propia competencia.

18 Sentencia 231/2005 de la SCJ, de fecha 16 de noviembre de 2005. (Gutierrez (p), Parga (r), Van Rompaey, Rodriguez Caorsi, Troise Rossi)

19 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, Sentencia 262/2009, 11 de noviembre de 2009. (Chalar, Cardinal (r), Alonso); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia i704/2010, 24 de diciembre de 2010. (Vazquez (r), Castro, Salvo); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o Turno, Sentencia 2/2011, 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (r), Franca Nebot); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Sentencia 217/2011, 20 de julio de 2011. (Tobia, Turell, y Maggi (r)); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, Sentencia SEI-0007-0000086/2015, 9 de diciembre de 2015. (Operti, Alonso (r), Cardinal); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, Sentencia 32/2017, 19 de abril de 2017. (Cabrera (R), Tommasino, Ettlin).

20 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia 605/2009, 21 de octubre de 2009 (Castro (r), Salvo, Vazquez). (El destacado nos pertenece).

21 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, Sentencia 14/2008, 1 de febrero de 2008; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia i704/2010, 24 de diciembre de 2010. (Vazquez (r), Castro, Salvo).

22 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, Sentencia SEI-0007-0000086/2015, 9 de diciembre de 2015. (Operti, Alonso (r), Cardinal).

23 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, Sentencia 164/2017, 11 de octubre de 2017. (Franca (R), Brignani, Sosa).

b. Al mismo tiempo, los jueces locales defienden su posición de decisor ante una cláusula arbitral, considerando detalladamente el alcance de la misma y del reclamo planteado

Al analizar la jurisprudencia nacional, el lector se encontrará con numerosos fallos que consideran con detenimiento el reclamo planteado y el alcance de la cláusula arbitral, previo a decidir sobre si corresponde que la pretensión se dilucide en un foro u otro.

Por tanto, los jueces locales analizan detenidamente el contexto del reclamo. Así, han declinado competencia cuando consideran que lo reclamado no se encuentra dentro de su alcance, ya sea subjetivo (*ratione personae*)²⁴, u objetivo (*ratione materiae*)²⁵.

En cuanto al alcance objetivo, los jueces consideran si la cláusula es amplia o restringida.

Por ejemplo:

no cabe pues dudas al Tribunal de lo señalado ya que como se dijera la cláusula de arbitraje pactada fue amplia y genérica, de allí que deba concluirse que todas las controversias relativas a las convenciones deban resolverse en tal ámbito. Y el mismo destino debe seguir la validez o no de la cláusula atento a las diferencias de las partes respecto de su interpretación que se encuentra alcanzado por la cláusula arbitral (...) La conexión innegable que se puede apreciar en cuanto a las pretensiones deducidas y el vasto alcance de la cláusula de arbitraje y jurisdicción pactada lleva al amparo de la defensa alegada (excepción de arbitraje) que determina la correspondiente clausura del proceso.²⁶

Otro ejemplo que ilustra el detalle con el cual se analizan las cláusulas cuestionadas, se encuentra en un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, en el cual consideró con detenimiento la cláusula arbitral ante un caso en que se cuestionaba la misma por ser en idioma inglés, e incluso ingresó a considerar su validez:

la cláusula arbitral no está oculta ni “en letra chica” con posterioridad a la firma. Por el contrario se encuentra en la pág. 2 del contrato, destacada con letra “en negrita” (...), en inglés sí, pero en términos comprensibles si se entiende el idioma o si se consulta un traductor. Además, inmediatamente antes de la firma (...) también “en negrita” se recuerda al firmante -por si no lo había advertido o lo había olvidado- que “El presente contrato también contiene una cláusula de arbitraje (...). De manera que en el caso de autos no puede sostenerse que los actores no conocían o no tuvieron posibilidad de conocer la cláusula compromisoria o que medió intención de la parte demandada de inducirlos a error al suscribir el contrato que la contiene. (...) Por lo tanto el hecho de que el contrato mencionado haya sido redactado en el idioma inglés no lo hace nulo ni tampoco a la cláusula compromisoria en él contenida.”²⁷

24 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia 196/2010, 27 de abril de 2010. (Castro (R), Salvo, Vazquez).

25 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia 291/2008, 12 de noviembre de 2008. (Salvo, Castro, Vazquez (R).; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4o Turno, Sentencia 255/2012, 3 de octubre de 2012. (Turell, Maggi (R) y Gatti).; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7o Turno, Sentencia 50/2016, 15 de junio de 2016. (Cabrera, Tommasino, Ettlin).

26 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, Sentencia 164/2017, 11 de octubre de 2017 (Franca (R), Brignani, Sosa). (El destacado nos pertenece). En el mismo sentido, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, Sentencia 296/2020 °, 23 de setiembre de 2020 (Alves de Simas, Haedo, Bortoli (R)).

27 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 43/2006, 24 de marzo del 2006. (El destacado nos pertenece).

Por otra parte, existen pronunciamientos en los cuales se considera que las medidas preparatorias son competencia de los jueces locales, pero al iniciarse el reclamo debe recurrirse al tribunal arbitral.

Fue expresado: *“es correcto que la cuestión se planteara en esa oportunidad procesal, puesto que ni el adelantamiento de diligencias probatorias cuando median razones de urgencia, ni la adopción de medidas cautelares, son cuestiones que puedan ser resueltas por el tribunal arbitral. En cambio sí corresponde oponer la cláusula arbitral cuando se plantea una cuestión litigiosa entre los socios, que se estima comprendida dentro del pacto arbitral”*²⁸.

Así se ilustra - brevemente - cómo los jueces locales ingresan a considerar la cláusula arbitral y su relación con el reclamo impetrado en autos, previo a decidir. Estos pronunciamientos conducen a descartar que Uruguay sea de las jurisdicciones que realizan un control simplemente liminar.

c. Ante la interrogante sobre qué fue antes, el huevo o la gallina, la jurisprudencia uruguaya tiene pronunciamientos en ambas direcciones.

Conforme fuera explicado anteriormente, puede resultar una consideración circular, al considerar si el contrato continente de la cláusula arbitral es nulo, y si ello conduce a que la cláusula también lo sea, y por tanto el rechazo del arbitraje.

Esta situación es abordada por la jurisprudencia, como consecuencia natural de ser reiteradamente alegado por quien pretende eludir la cláusula, que el contrato que la contiene resulta nulo.

Sorprendentemente, en jurisprudencia existen pronunciamientos en ambos sentidos. Algunas decisiones expresan que dado que el contrato - o documento que contiene la cláusula - es nulo, también es nula dicha cláusula, y por tanto debe ser rechazada toda excepción de falta de jurisdicción. En el otro extremo, encontramos también numerosos pronunciamientos que consideran que no deben ingresar a analizar este punto, al ser también competencia arbitral.

Existe un pronunciamiento en particular, que resume ambas posturas:

La cláusula citada no adolece de nulidad alguna a juicio del Tribunal. Es del caso recordar que la nulidad debe surgir de forma flagrante, manifiesta, grosera. (...) Por otra parte, en un pleno respeto de la tradicional posición que postula la autonomía de la cláusula arbitral sobre todo en el marco jurídico internacional, serán eventualmente competentes para entender en la eventual nulidad de la misma los árbitros designados. (...) se desprende que nuestro país siempre ha respetado la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia para resolver sobre su propia competencia (...) En suma rige en la especie el principio de la autonomía de la voluntad de todos los partícipes, hubo un entendimiento básico y se convino una forma de solucionar conflictos ulteriores por medio de cláusula arbitral que no puede desconocerse razón por la cual por lo expuesto se confirmará la recurrida.²⁹

28 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia 605/2009, 21 de octubre de 2009 (Castro (r), Salvo, Vazquez). (El resaltado nos pertenece).

29 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, Sentencia 2/2011, 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (r), Franca Nebot). (El destacado nos pertenece).

Es así, que este fallo resulta ejemplificante, porque toma ambas posturas a la vez. Por un lado, primero concluye que el contrato no es nulo, y por otra parte, considera que en todo caso sería competencia de los árbitros esta consideración.

A continuación, se detallan los casos que siguen una u otra postura.

- *Casos en que la jurisprudencia uruguaya cruza la línea del kompetenz-kompetenz y se pronuncia sobre la validez o no de la cláusula y su documento continente*

Existen diversos pronunciamientos en los cuales se rechazó la excepción de falta de jurisdicción considerando que el contrato resultaba nulo³⁰.

A modo ilustrativo, corresponde considerar el siguiente:

porque resulta incuestionable que si la cláusula compromisoria está inserta en un contrato nulo, en tanto este debe considerarse inexistente para el mundo jurídico, la cláusula compromisoria no puede subsistir. Porque si no hay continente, no puede haber contenido. Siendo así, y en tanto lo que se discute no está originado en el contrato sino por el contrato, (...), tampoco formalmente resulta aceptable la independencia de la cláusula compromisoria. Este extremo no es compartido por los restantes Ministros firmantes, quienes coinciden con la Sede a quo en que la existencia de la cláusula arbitral amplia (por ejemplo: “todos los conflictos que se susciten...”) no excluye de la justicia arbitral la cuestión de la validez de tal cláusula o del contrato, (...) Pero sucede que en este caso concreto, la cláusula no es tan amplia.³¹

Es así que algunos casos han considerado incluso la validez del contrato o su cláusula.

- *Casos en que la jurisprudencia uruguaya considera expresamente que esto es sede arbitral*

Resulta esperanzador para aquellos defensores del arbitraje, considerar que existen diversos pronunciamientos que consideran que el análisis sobre la validez o no de un contrato, resulta competencia del tribunal arbitral³².

En este sentido, varios fallos realizan referencias al mismo pronunciamiento del Dr. Pereira Campos (2009), quien expresa bajo el subtítulo

coherencia del sistema jurídico procesal: negar la autonomía de la cláusula arbitral implicaría que ningún contrato quedaría sometido a arbitraje:

En efecto, si un contrato nulo - cualquiera sea su razón - afectará la cláusula compromisoria en él insertada, los árbitros nunca tendrían competencia para decidir sobre cuestiones ligadas exactamente a la nulidad del contrato. Sería, entonces, muy fácil para desplazar la competencia de los árbitros, pues bastaría que cualquiera de las partes alegase cualquier cuestión vinculada a la nulidad del contrato para que

30 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o Turno, Sentencia 2/2011, 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (R), Franca Nebot); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o Turno, Sentencia i186/2008, 3 de abril de 2008. (Fiorentino, Presa (R) y Simon).

31 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o Turno, Sentencia i186/2008, 3 de abril de 2008. (Fiorentino, Presa (R) y Simon).

32 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, Sentencia i704/2010, 24 de diciembre de 2010. (Vazquez (r), Castro, Salvo); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o Turno, Sentencia 164/2017, 11 de octubre de 2017. (Franca (R), Brignani, Sosa); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o Turno, Sentencia 164/2017, 11 de octubre de 2017. (Franca (R), Brignani, Sosa); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6o Turno, Sentencia 223/2008, 19 de agosto de 2008. (Klett (R), Hounie); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, Sentencia 262/2009, 11 de noviembre de 2019. (Chalar, Cardinal (R), Alonso); Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2o Turno, Sentencia 0013-0000275/2016, 10 de agosto de 2016. (Tosi (R), Corrales, Gianero); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7o Turno, Sentencia 109/2018, 24 de octubre del 2018. (Cabrera, Tommasino, Ettlin (R)).

surgiese la necesidad de intervención del juez estatal. Si con solo alegar la nulidad del contrato que contiene la cláusula arbitral se dejara de lado la obligación de someter la contienda a arbitraje, ningún contrato, nunca, sería sometido a este. Toda vez que una parte deseara desconocer lo pactado - la cláusula arbitral - le bastaría alegar nulidad del contrato y automáticamente la letra del contrato se borraría. (p. 90).

Lógicamente, si alguien pudiera evitar la cláusula solo con alegar que la misma es nula, colapsaría el sistema. Del mismo modo podría colapsar si la jurisprudencia de forma reiterada asume competencia e ignora el principio ampliamente citado.

En este sentido, los fallos que consideran el principio expresan:

el tribunal arbitral es el competente para expedirse acerca de si la cláusula compromisoria es o no abusiva. (...) De aceptarse la tesis de los solicitantes de la medida cautelar (que fue, también, la sustentada por la Sra. Jueza a quo), bastaría con invocar la nulidad de la cláusula compromisoria para excluir la jurisdicción arbitral y hacer competente a los órganos del Poder Judicial, lo cual aparejaría el decaimiento de este medio alternativo de solución de controversias, extremo no querido por nuestro ordenamiento jurídico.³³

Se define con claridad que compete al Tribunal arbitral y por ende no compete a la justicia oficial, conocer acerca de los cuestionamientos sobre validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral (cf. Pereira Campos, Santiago “Código General del Proceso - Reformas de la Ley 19.090 Comparadas y comentadas” pág. 541 - 542). (...) En el caso concreto, el actor ya admitió su aplicación durante años, es un caso claro de aplicación de la teoría del acto propio y violación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos.³⁴

No cabe pues otra solución que concluir que el tribunal llamado a resolver sobre la plurimencionada nulidad no es otro que el arbitral, ya que hasta que (eventualmente) se declare tal invalidez, es el único competente por aplicación de una cláusula contractual; sucede lo mismo que en el caso, por ejemplo, de la incompetencia por razón de cuantía, en la cual el tribunal eventualmente incompetente debe actuar para decidir tal punto, en forma válida, aún cuando posteriormente releve la ausencia del presupuesto en cuestión, y ordene acudir a la Sede competente.³⁵

Por lo tanto, es posible concluir que resulta ampliamente aceptado por nuestra jurisprudencia el principio de *kompetenz-kompetenz*, y que incluye asimismo la consideración sobre la validez de la cláusula.

d. Existió una postura generalizada de interpretación restrictiva del arbitraje

Existió (o existe) una postura de la jurisprudencia, de considerar de forma restrictiva al arbitraje.³⁶ Este punto resulta interesante, ya que se encuentra íntimamente ligado con lo

33 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia 223/2008, 19 de agosto de 2008. (Klett (R), Hounie). (El destacado nos pertenece).

34 Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno, Sentencia 0013-0000275/2016, 10 de agosto de 2016. (Tosi (R), Corrales, Gianero).

35 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, Sentencia 262/2009, 11 de noviembre de 2019. Chalar, Cardinal (R), Alonso). (El destacado nos pertenece).

36 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno, Sentencia 32/2017, 19 de abril de 2017. (Cabrera (R), Tommasino, Ettlin); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia 165/2009, 30 de junio de 2009 (Klett, Hounie, Martínez); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, Sentencia 2/2011, 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (R), Franca Nebot).

expresado anteriormente, en cuanto a que la jurisprudencia considera con detenimiento los detalles de la cláusula arbitral, previo a decidir sobre su competencia.

Así, se ha expresado:

cabe partir de un criterio restrictivo respecto de la interpretación de la cláusula arbitral atributiva de competencia. Porque, tratándose de una jurisdicción excepcional, que impide el conocimiento de los tribunales pertenecientes a la Justicia ordinaria, oficial, corresponde admitir el desplazamiento de competencia únicamente en los casos clara y específicamente pactados (...) En definitiva: no puede extenderse el ámbito o alcance de la cláusula; debe estarse a su tenor gramatical, conforme con las palabras utilizadas, según su significado natural. No puede corregirse lo consignado en base a un eventual fin perseguido u otras consideraciones que derivarían, indebidamente, en un efecto amplificador de lo convenido.³⁷

Respecto de la interpretación de la interpretación de la cláusula compromisoria la Sala comparte con la recurrida que la interpretación debe realizarse con un criterio restrictivo. (...) Y ello es así aún utilizándose un criterio hermenéutico estricto como el que postula la Sala (...) donde se expresó en conceptos que “tratándose de un procedimiento excepcional, que distrae el litigio del conocimiento de los tribunales ordinarios, debe ser interpretarlo en términos estrictos y no se debe complementar la voluntad de las partes, en cuanto está expresada para acotar su acceso a los órganos jurisdiccionales.”³⁸

Si bien se podría discrepar con esta tendencia de interpretar las cláusulas mediante un criterio restrictivo, la realidad es que ello no implica desconocer cláusulas. Sino simplemente analizarlas con lupa, con detenimiento, previo a decidir.

Esto es explicado con claridad por Roque Caivano (2006):

la condición de excepcionalidad de la jurisdicción arbitral puede predicarse únicamente en el sentido que solo existe si las partes voluntariamente se sometieron a ella, lo que no significa que, una vez pactada, su extensión deba interpretarse restrictivamente (...) es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento natural en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto; pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es solo en el sentido de requerir una declaración de voluntad y no en el sentido de interpretar su extensión con carácter restrictivo. (pp. 156-157).

5. A modo de conclusión: En el plano del efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* la jurisdicción uruguaya se encuentra en el justo medio

Considerando los diversos fallos citados, es posible concluir que Uruguay se encuentra en el punto medio, siendo una jurisdicción que respeta la presencia de una cláusula arbitral y remite a las partes a arbitraje cuando ello corresponde, pero que anteriormente

37 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia 165/2009, 30 de junio de 2009. (Klett, Hounie, Martínez). (El destacado nos pertenece).

38 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, Sentencia 2/2011, 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (R), Franca Nebot).

analiza con detenimiento si el caso planteado ingresa dentro del alcance de la cláusula arbitral que se cuestiona.

Luego de analizar la situación, el Prof. Paul Arrighi (2016) concluye:

nuestra jurisprudencia se acerca en parte a esas tendencias aunque lamentablemente continúa reiterando la excepcionalidad del arbitraje y la interpretación restrictiva de las cláusulas que luego no realiza. Los tribunales uruguayos han actuado siempre con respeto y apoyo al arbitraje. En esa línea sería deseable que se abandone la mención a la excepcionalidad del proceso arbitral (que no lo es) y al criterio restrictivo (que no se aplica) y que se parta de la base lógica, racional y de buena fe de que las partes al pactar el arbitraje decidieron -salvo pacto especial contrario- someter todas sus disputas a arbitraje y a un único tribunal. (p. 18).

Compartimos plenamente la visión del Prof. Arrighi y entendemos que si Uruguay pretende posicionarse como una sede arbitral relevante en el plano internacional, debe continuar con una postura abierta y pro-arbitraje, en la cual limite la revisión judicial en su máxima expresión y aliente a las partes a recurrir a arbitraje para resolver allí todas las interrogantes.

ANEXO: Tabla 1

Extractos relevantes de las sentencias analizadas

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
SJC. Sentencia 231/2005. 16 de noviembre de 2005. (Gutiérrez (P), Parga (R), Van Rompaey, Rodríguez Caorsi, Troise Rossi)	La SCJ desestima el recurso de casación, ante la sentencia de segunda instancia que revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo la excepción de incompetencia por falta de jurisdicción,	<i>No puede entenderse que el Tribunal hubiera aplicado erróneamente las normas del C.G.P. que regulan el arbitraje, sino que por el contrario, analizó conforme a derecho la cláusula pactada entre las partes, arribando a la conclusión de que sería el Tribunal Arbitral quien debería resolver la reclamación efectuada por el accionante. (...) En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el art. 473 del C.G.P., la controversia surgida en autos en cuanto a la interpretación del Convenio deberá dirimirse en juicio arbitral -de acuerdo al fallo cuestionado-, lo que determina que no sea necesario analizar los restantes motivos de casación</i>	No.	Si.
SCJ. Sentencia 43/2006. 24 de marzo del 2006. (Gutiérrez Caorsi (P), Parga (R), Van Rompaey, Gutiérrez Proto, Troise (R).	La SCJ desestima un recurso de casación, confirmando la sentencia de segunda instancia, revocatoria de la decisión anterior, que ampara la excepción de falta de jurisdicción.	<i>En dicho documento la cláusula arbitral no está oculta ni "en letra chica" con posterioridad a la firma. Por el contrario se encuentra en la pág. 2 del contrato, destacada con letra "en negrita" (...), en inglés sí, pero en términos comprensibles si se entiende el idioma o si se consulta un traductor. Además, inmediatamente antes de la firma (...) también "en negrita" se recuerda al firmante -por si no lo había advertido o lo había olvidado- que "El presente contrato también contiene una cláusula de arbitraje previo a una controversia (...). De manera que en el caso de autos no puede sostenerse que los actores no conocían o no tuvieron posibilidad de conocer la cláusula compromisorio o que medió intención de la parte demandada de inducirlos a error al suscribir el contrato que la contiene. Por lo expuesto, y partiendo de la base de que los actores conocían o debían conocer que lo pactado incluía una cláusula arbitral, se debe determinar si la misma es válida o si se verifica la nulidad alegada. En este sentido, como fundamentamente sostiene la Dra. Fresnedo en la consulta agregada (fs. 504), dicha validez ha de examinarse a la luz de las convenciones internacionales vigentes, pues se trata de un contrato extranacional lo que descarta el examen de la cuestión a la luz de la Ley de relaciones de consumo (No. 17.250), norma que rige específicamente dichas relaciones en el ámbito nacional. Por lo tanto el hecho de que el contrato mencionado haya sido redactado en el idioma inglés no lo hace nulo ni tampoco a la cláusula compromisorio en él contenida.</i>	No	Si

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 1. Sentencia 196/2010. 27 de abril de 2010. (Castro (R), Salvo, Vazquez).	Revoca sentencia de primera instancia, considerando que la cláusula arbitral solo alcanzaba a socios, y las accionantes no lo son.	<i>"En cuanto a la excepción fundada en la existencia de una cláusula arbitral en el contrato social (...), en cuya virtud el accionado opone la falta de jurisdicción o competencia de la justicia ordinaria para resolver esta causa, el Tribunal discrepa con la decisión de la a-quo que declinó competencia hacia la justicia arbitral. En efecto, dicha cláusula arbitral es vinculante para los socios y las apelantes –como lo han expresado- no son socios"</i>	No	No
TAC 3. Sentencia 14/2008. 1 de febrero de 2008.	Se revoca la sentencia de primera instancia que rechazó la excepción de jurisdicción, entendiendo que no existió una renuncia al arbitraje, sino una incorrecta calificación de la misma como excepción. El Tribunal recurre al principio iuria novit curia para proteger la elección de las partes de recurrir al arbitraje.	<i>"Existe pactada jurisdicción arbitral, por lo que no puede llevarse a cabo el presente juicio ejecutivo.- Pero aún más; no puede olvidarse que la incompetencia en cuestión no es ni por territorio, ni siquiera por materia, sino por calificación del órgano llamado a decidir, existiendo una renuncia (en los términos del art.475 CGP) a ventilar el caso ante la justicia ordinaria.- Por ello, de forma alguna puede entenderse tácita la renuncia cuando el demandado argumenta claramente y advierte al tribunal de la existencia de una cláusula compromisoria.- En efecto.- Se dice por el ejecutado que (...) se pactó el arbitraje, se dice también que según lo reglado por el art.474.1 del CGP; se opera la situación de "necesario" y se afirma aún que de manera alguna es posible recurrir al "juicio común", cuando se ha pactado lo que surge del referido documento.- No resulta compatible entonces el criterio sustentado por el decisor de primer grado en la atacada, en punto a entender que "al no haberse opuesto la excepción de incompetencia en términos claros y precisos y que no deje lugar a dudas es porque se ha admitido la jurisdicción ordinaria, es decir, cabe interpretar que el demandado ha renunciado al arbitraje pactado (...)".</i> <i>Por el contrario, lo argumentado fue en términos claros y precisos; la omisión o el error fue respecto a la calificación.- No obstante, conforme al principio iura novit curia puede y debe el tribunal recalificar la excepción"</i>	No	Si
TAC 5. Sentencia 186/2008. 3 de abril de 2008. (Fiorentino, Presa (R) y Simon).	El TAC entiende ante una sentencia de primera instancia que desestimó la excepción de incompetencia, apelando el agraviado en consideración a la existencia de una cláusula compromisoria. Así revocan la sentencia de primera instancia y no hacen lugar a la excepción de incompetencia.	<i>Entiende el Tribunal: En principio, estima la Sala que la cuestión en análisis no admite una solución única, en tanto y sin duda, pueden ser diversas las modalidades para las cuales es factible acordar la competencia arbitral. Porque evidentemente ella pueda atender al objeto de la disputa, o al momento en que se produce, o a las partes involucradas, o sea, el hecho de que se haya acordado la cláusula compromisoria no significa, en absoluto, que nada que tenga relación con el objeto del contrato (ya sea en la etapa pre-contractual, como durante su desarrollo o en tiempo posterior a su finalización) pueda ser objeto de planteamiento ante los órganos del Poder Judicial. En el caso de autos, la cláusula en cuestión establece que para el caso de discrepancia entre las partes, en el funcionamiento del contrato, las mismas se someterán a arbitraje (...) Resulta fundamental para determinar la vigencia o no del Tribunal Arbitral, la competencia que al mismo le establecieron las partes. Y acorde a lo transcripto, lo acordado fue su vigencia para el caso de discrepancia entre las partes (...) Porque resulta incuestionable que si la cláusula compromisoria está inserta en un contrato nulo, en tanto este debe considerarse inexistente para el mundo jurídico, la cláusula compromisoria no puede subsistir. Porque si no hay continente, no puede haber contenido. Siendo así, y en tanto lo que se discute no está originado en el contrato sino por el contrato, (...), tampoco formalmente resulta aceptable la independencia de la cláusula compromisoria. Este extremo no es compartido por los restantes Ministros firmantes, quienes coinciden con la Sede a quo en que la existencia de la cláusula arbitral amplia (por ejemplo: "todos los conflictos que se susciten...") no excluye de la justicia arbitral la cuestión de la validez de tal cláusula o del contrato, (...) Pero sucede que en este caso concreto, la cláusula no es tan amplia. (...) La demandada, que ahora niega la posibilidad de que actúen los órganos oficiales en el análisis de la nulidad o no del contrato firmado (...) y pese a la vigencia de la cláusula arbitral cuya vigencia ahora reclama, la demandada concurrió ante sede judicial. (...) De tal conducta (amén de resultar aplicable la teoría de los actos propios) debe extraerse la concreción de la prórroga de competencia a que aludía este Tribunal en la cita antes mencionada".</i>	No	No

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 6. Sentencia 223/2008. 19 de agosto de 2008. (Klett (R), Hounie).	Se revoca la sentencia interlocutoria, determinando que la Sede carece de jurisdicción para entender, a raíz de la existencia de una cláusula arbitral.	"El tribunal arbitral es el competente para expedirse acerca de si la cláusula compromisoria es o no abusiva. En tal sentido, y del mismo modo que cada órgano judicial puede resultar llamado a decidir acerca de su propia competencia e incluso tiene el deber de hacerlo de oficio en determinadas hipótesis establecidas en la ley (art. 133 num. 1) e inciso final CGP y art. 13 LOT), es el tribunal arbitral el competente para examinar este presupuesto de su intervención. (...) De aceptarse la tesis de los solicitantes de la medida cautelar (que fue, también, la sustentada por la Sra. Jueza a quo), bastaría con invocar la nulidad de la cláusula compromisoria para excluir la jurisdicción arbitral y hacer competente a los órganos del Poder Judicial, lo cual aparejaría el decaimiento de este medio alternativo de solución de controversias, extremo no querido por nuestro ordenamiento jurídico, además de configurarse violación de lo dispuesto por los arts. 1253 y 1291 CC".	No	Si
TAC I. Sentencia 291/2008. 12 de noviembre de 2008. (Salvo, Castro, Vazquez (R)).	Ingresa a interpretar el alcance material de la cláusula arbitral, considerando que el reclamo no se encontraba incluido, y entendiendo a la justicia ordinaria como competente.	En consecuencia, al no estar incluido el objeto de la demanda en lo dispuesto en la cláusula compromisoria, ya que la pretensión que se sustancia implica la resolución del contrato, resultan de recibo los agravios de la apelante.- No se formuló acción por discrepancia en la validez, interpretación y ejecución del contrato, lo que si corresponde sea sometido a decisión arbitral sino en el incumplimiento de la demandada. No resulta admisible que el término "ejecución" incluya la hipótesis de resolución porque se trata de conceptos antagónicos, (...) Ello conlleva la revocatoria de la recurrida en cuanto excluye de la decisión judicial el reclamo efectuado en la demanda y, en su lugar se declara a la Sede a-quo competente para actuar en las presentes actuaciones"		
TAC 6°. Sentencia 165/2009. 30 de junio de 2009. (Klett (R), Hounie, Martínez).	Sentencia que desestimó la excepción de falta de jurisdicción por errores gramaticales en la redacción de la cláusula.	En primer término, desea poner de manifiesto el Tribunal la deficiente técnica empleada en la redacción de la cláusula (...) a tal punto que el nombre es "arbitrio", cuando debió aludirse a "arbitraje" o a "árbitro". También, corresponde puntualizar que el primer período de la cláusula no refiere estrictamente al arbitraje. (...) En tal sentido, cabe partir de un criterio restrictivo respecto de la interpretación de la cláusula arbitral atributiva de competencia. Porque, tratándose de una jurisdicción excepcional, que impide el conocimiento de los tribunales pertenecientes a la Justicia ordinaria, oficial, corresponde admitir el desplazamiento de competencia únicamente en los casos clara y específicamente pactados (...) En definitiva: no puede extenderse el ámbito o alcance de la cláusula; debe estarse a su tenor gramatical, conforme con las palabras utilizadas, según su significado natural. No puede corregirse lo consignado en base a un eventual fin perseguido u otras consideraciones que derivarían, indebidamente, en un efecto amplificador de lo convenido. Si la regulación contractual fue desarrollada de manera defectuosa y no fue delineada con la debida precisión, situación que comprometió la interpretación unívoca del precepto contractual, es responsabilidad del interesado que debía saber del necesario formalismo de la cláusula arbitral.	Si	No
TAC I. Sentencia 605/2009. 21 de octubre de 2009 (Castro (R), Salvo, Vazquez).	El TAC desestimó un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la cual se declinó jurisdicción en virtud de la existencia de una cláusula arbitral. En el caso se diligenciaron medidas preparatorias	"es correcto que la cuestión se planteara en esa oportunidad procesal, puesto que ni el adelantamiento de diligencias probatorias cuando median razones de urgencia, ni la adopción de medidas cautelares, son cuestiones que puedan ser resueltas por el tribunal arbitral. En cambio sí corresponde oponer la cláusula arbitral cuando se plantea una cuestión litigiosa entre los socios, que se estima comprendida dentro del pacto arbitral". Luego agrega: "La tendencia a la expansión de la jurisdicción arbitral ha llevado a sostener incluso que, habiendo una cláusula compromisoria, son los propios árbitros quienes deben juzgar si el conflicto planteado encuadra o no dentro de la competencia asignada (Pereira Campos, S. "Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del tribunal arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo" en Revista de Derecho. Universidad de Montevideo N°4 p.81).	No.	Si.

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 3. Sentencia 262/2009. 11 de noviembre de 2019. Chalar, Cardinal (R), Alonso).	Se revoca sentencia de primera instancia.	<i>No cabe pues otra solución que concluir que el tribunal llamado a resolver sobre la plurimencionada nulidad no es otro que el arbitral, ya que hasta que (eventualmente) se declare tal invalidez, es el único competente por aplicación de una cláusula contractual; sucede lo mismo que en el caso, por ejemplo, de la incompetencia por razón de cuantía, en la cual el tribunal eventualmente incompetente debe actuar para decidir tal punto, en forma válida, aún cuando posteriormente releve la ausencia del presupuesto en cuestión, y ordene acudir a la Sede competente.</i>	No	Si
TAC I. Sentencia i704/2010. 24 de diciembre de 2010. (Vazquez (R), Castro, Salvo).	La sentencia de primera instancia admitió la excepción de falta de jurisdicción, ante lo cual fue apelada, manifestando la parte agraviada que la cláusula compromisoria no se encontraba vigente. Así confirma la sentencia.	<i>La Sede consideró: Corresponde, en su oportunidad, al Tribunal arbitral la facultad de decidir acerca de su competencia, así como de las eventuales excepciones relativas a la existencia y validez del laudo arbitral (Conf. Margarita de Hegedus "Autonomía de la cláusula arbitral.- carácter jurisdiccional de la actividad arbitral y sus consecuencias" R.U.D.P. N° 3-4/2008 , págs. 430/435, Santiago Pereira Campos "Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del tribunal arbitral para resolver su competencia en el arbitraje interno uruguayo" en Revista de Derecho Universidad de Montevideo N° 4 pág. 80), en lo que concuerda con la recurrida (fs.56 y vta.) y con la demandada (fs.69).- Por lo que dicho agravio no merece amparo.- (...) Tampoco resulta de admisión la existencia de una "renuncia tácita" de parte de la demandada a hacer valer la competencia del tribunal arbitral (fs.58 vta) en función del plazo de sesenta días consecutivos (fs.32 y vta) ya que dicho plazo está previsto para que la actora notifique a la demandada su intención de someter la controversia a arbitraje (fs.32) no correspondiendo que se traslade dicha carga a la demandada.- La que lleva a la confirmatoria de la recurrida, desestimándose los agravios de la apelante.-.</i>	No	Si

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 2. Sentencia 2/2011. 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (R), Franca Nebot).	En primera instancia se amparó la excepción de falta de jurisdicción. Se apeló expresando que en la conciliación, los demandados no opusieron la falta de jurisdicción, por lo cual habrían renunciado tácitamente al arbitraje, y además hay demandados a los cuales la cláusula arbitral no les sería aplicable. Se sostuvo asimismo que la cláusula arbitral sería anómala y patológica, por lo cual devendría en nula. Se confirma la sentencia de primera instancia, amparando el arbitraje.	La Sede entendió: <i>“Respecto de la interpretación de la interpretación de la cláusula compromisorio la Sala comparte con la recurrida que la interpretación debe realizarse con un criterio restrictivo. (...) Y ello es así aún utilizándose un criterio hermenéutico estricto como el que postula la Sala (LJU c. 14388) donde se expresó en conceptos que “ tratándose de un procedimiento excepcional, que distrae el litigio del conocimiento de los tribunales ordinarios, debe ser interpretarlo en términos estrictos y no se debe complementar la voluntad de las partes, en cuanto está expresada para acotar su acceso a los órganos jurisdiccionales. (...) La cláusula citada no adolece de nulidad alguna a juicio del Tribunal. Es del caso recordar que la nulidad debe surgir de forma flagrante, manifiesta, grosera. Así lo ha sostenido la SCJ citando la opinión de Santos Belandro cuando en caso que puede ser trasladado en este aspecto manifestó” Si bien la Convención no aclara qué debe entenderse por “nulo, ineficaz o inaplicable”, se ha sostenido en doctrina que las causales deben ser de peso, vicios groseros que impidan reconocer la validez del acuerdo, (...) Lo precedente es la consecuencia de aplicar la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York (1958) en la cual los Estados han de reconocer los acuerdos por escrito conforme a los cuales las partes se obliguen a someter sus diferencias a arbitraje. (...) Por otra parte, en un pleno respeto de la tradicional posición que postula la autonomía de la cláusula arbitral sobre todo en el marco jurídico internacional, serán eventualmente competentes para entender en la eventual nulidad de la misma los árbitros designados. Como bien lo señala el Dr. Santiago Pereira Campos el criterio de la autonomía de la cláusula arbitral ya se insinúa en la Convención de Nueva York de 1958 citada (ley 15.229), se consolida en la Convención Inteamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá 1975 ley 14.534) y más recientemente en el Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y similar entre el Mercosur, Bolivia y Chile. De las normas internacionales citadas (ratificadas y/o suscritas por Uruguay) se desprende que nuestro país siempre ha respetado la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia para resolver sobre su propia competencia (Cf. Pereira Campos “Revista de Derecho” Universidad de Montevideo Año II número 4 pág. 87). Asimismo, coadyuvan para desestimar la nulidad invocada de la cláusula arbitral razones de lógica y coherencia del sistema procesal uruguayo , como bien lo sostiene Pereira Campos , ya se podría llegar al absurdo de obligar al Juez en la audiencia preliminar a pronunciarse sobre la validez o no de la cláusula arbitral que a veces se encuentra íntimamente vinculado al tema de fondo razón por la cual postula que si el juez ordinario se declara carente de jurisdicción por la existencia de la cláusula arbitral, corresponderá a los árbitros determinar si ésta es válida o no, si entiende que lo es entrarán al fondo del asunto y para el caso de no serlo remitirán el tema a la justicia ordinaria sin afectar la coherencia y sistemática del sistema procesal (...) En suma rige en la especie el principio de la autonomía de la voluntad de todos los partícipes, hubo un entendimiento básico y se convino una forma de solucionar conflictos ulteriores por medio de cláusula arbitral que no puede desconocerse razón por la cual por lo expuesto se confirmará la recurrida.</i>	Si	Si
TAC 4. Sentencia 217/2011. 20 de julio de 2011. (Tobia, Turell, y Maggi (R)).	Se confirma sentencia de primera instancia se acogió la excepción de falta de jurisdicción.	<i>Al cuestionarse la habilidad del derecho de receso ejercido (...) no puede sostenerse que el mismo provoca la extinción de la cláusula arbitral pactada. En definitiva, si el contrato incluye una cláusula arbitral, la resolución del litigio corresponde a los árbitros y no a la Justicia Ordinaria.</i>	No	Si

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 4. Sentencia 255/2012. 3 de octubre de 2012. (Turell, Maggi (R) y Gatti).	El TAC realiza un control liminar del alcance objetivo de la cláusula arbitral, considerando que lo que se reclama no ingresa dentro de la misma, por lo cual se confirma la sentencia de primera instancia que había desestimado la excepción de falta de jurisdicción.	<i>"No caben dudas respecto a que la jurisdicción arbitral se estableció únicamente para las discrepancias en cuanto a la interpretación o aplicación de este contrato. La referida cláusula establece en forma clara y precisa las cuestiones que somete al arbitraje, en consecuencia solo sobre ellas eventualmente se podrá pronunciar el Tribunal Arbitral (...) Como lo ha sostenido el homologado de 6º Turno "cabe partir de un criterio restrictivo de la interpretación de la cláusula arbitral atributiva de competencia. Porque, tratándose de una jurisdicción excepcional que impide el conocimiento de los Tribunales pertenecientes a la Justicia ordinaria, oficial, corresponde admitir el desplazamiento de competen únicamente en los casos clara y específicamente pactados (...). En consecuencia, al comprobarse que la pretensión movilizada no ingresa en el concreto objeto de la cláusula compromisoria, corresponde compartir la decisión de primer grado desestimando la excepción opuesta.</i>	Si	No
TAC 3. Sentencia SEI-0007-0000086/2015. 9 de diciembre de 2015. Operti, Alonso (R), Cardinal).	Por sentencia de primera instancia se declaró de oficio la falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer en estas actuaciones, al ser un procedimiento que debe realizarse ante los organismos de la Asociación Uruguaya de Fútbol. La parte recurrente expresa que no existió cláusula compromisoria por escrito por lo cual es competente la justicia ordinaria. La pretensión del caso de autos se basaba en el Estatuto del Futbolista Profesional, y el actor se había presentado ante la justicia arbitral, y perdido en esa esfera. Por eso, el TAC declara su falta de jurisdicción, expresando asimismo que si el actor pudiera elegir recurrir a una justicia luego de haber perdido en la otra, perdería sentido el reclamo.	<i>"Es claro que el haber ocurrido en forma voluntaria hoy el actor a la Justicia Arbitral, supone su conformidad expresa con aquella jurisdicción en el marco del Estatuto.- Y tal como lo analizó la sentenciante de primer grado, pudo el hoy actor ocurrir a la Justicia ordinaria a plantear su demanda de cobro, pero optó por hacerlo ante el Tribunal Arbitral de la A.U.F., donde se dictó el laudo y se gozó con todas las garantías del debido proceso.- No puede entonces, ante un laudo arbitral desfavorable -en tanto acogió la excepción de prescripción y desestimó la pretensión de cobro de pesos- acudir a la jurisdicción ordinaria, planteando la misma pretensión.- (...) Entonces, era el propio tribunal arbitral el que debía declarar la validez o no de esta cláusula (Cf. Pereira Campos, S. "Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2003, N° 4 y sentencias N° 223/2008 TAC 6º Turno y N° 605/2009 TAC 1er. Turno).- Actualmente, con la modificación del art.475.2 CGP se define con claridad que compete al Tribunal arbitral y por ende no compete a la Justicia ordinaria, conocer acerca de los cuestionamientos sobre validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral (Cf. Pereira Campos, S. "Código General del Proceso – Reformas de la ley 19.090 comparadas y comentadas", p.541-542).-</i>	No	Si

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAT 2. Sentencia 0013-0000275/2016. 10 de agosto de 2016. (Tosi (R), Corrales, Gianero).	Se confirma la sentencia de primera instancia, amparando la excepción. Se considera que si alcanzara con alegar la nulidad de la cláusula, no se respetaría la autonomía de voluntad de las partes.	<i>No resultan de recibo las expresiones del apelante en cuanto a la admisibilidad o no de la cláusula compromisoria. Antes de la sanción de la Ley 19.090 ya se sostenía en doctrina y jurisprudencia que el tribunal arbitral era el competente para determinar la validez o no de la cláusula compromisoria o si la cuestión es o no materia arbitrable y no el Juez oficial (Cf. Pereira Campos, Santiago "Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo" (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo 2003 N° 4 y sentencias N° 223/2008 TAC 6° Turno y 605/2009 TAC 1° Turno). Actualmente con la modificación del art. 475.2 CGP se define con claridad que compete al Tribunal arbitral y por ende no compete a la justicia oficial, conocer acerca de los cuestionamientos sobre validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral (cf. Pereira Campos, Santiago "Código General del Proceso - Reformas de la Ley 19.090 Comparadas y comentadas" pág. 541 - 542). De aceptarse la tesis del apelante bastaría con invocar la improcedencia de la cláusula compromisoria para excluir la jurisdicción arbitral y hacer competente a los órganos del Poder Judicial, lo cual aparejaría el decaimiento de este medio alternativo de solución de controversias, además de configurarse violación de lo dispuesto por los artículos 1253 y 1291 CC. En el caso concreto, el actor ya admitió su aplicación durante años, es un caso claro de aplicación de la teoría del acto propio y violación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos".</i>	No	Si
TAC 7. Sentencia 50/2016. 15 de junio de 2016. (Cabrera, Tommasino (R), Ettlin).	El TAC considera el alcance objetivo de la cláusula, entendiéndolo que lo reclamado no ingresa allí.	<i>"La cláusula (...) de dicho contrato (...) prevé la ocurrencia al arbitraje como forma de zanjar toda discrepancia relativa a la interpretación del contrato y sus anexos, mientras que lo pretendido en autos dice relación con la acción de regreso en vía subrogatoria en aplicación de las sentencias ejecutoriadas ya referenciadas, que impusieron la solidaridad de ambas partes a los efectos de su pago. Por consiguiente, la cláusula arbitral pactada es ajena a la relación jurídica que se ventila en autos".</i>	No	No

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 7. Sentencia 32/2017. 19 de abril de 2017. (Cabrera (R), Tommasino, Ettlín).	Se ampara la excepción, aun aplicando el criterio restrictivo, consagrando expresamente que la decisión sobre la nulidad de la cláusula compete al tribunal arbitral.	<p><i>Las partes se pueden apartar del compromiso arbitral si ambas consienten desaplicarlo, lo que obliga a la Sede, pero en caso contrario deberá estarse a lo pactado. En consecuencia, habiéndose el demandado pronunciado categóricamente en la aplicación de la cláusula X, corresponde ingresar a la consideración de la incompetencia alegada, no sin desconocer lo opinable que puede resultar el tema, atento a las fundadas defensas efectuadas por las partes y teniendo presente asimismo el criterio hermenéutico estricto que reclama nuestra jurisprudencia a la hora de interpretar la cláusula compromisoria, (...). Si el actor entiende válido y eficaz lo allí pactado y pretende su ejecución, no puede hacer valer algunas cláusulas y otras no. Es decir, pretende que se apliquen las cláusulas que le resultan favorables y las que no, decide que son nulas. Dada que la pretensión del actor es la ejecución del contrato, esto implica que lo debe empezar por cumplir él. Se pactó una extensa cláusula X (fs. 14), donde se determinó claramente que "Toda controversia legal que no fuese resuelta será sometida a arbitraje para su resolución definitiva...". Si no hubiere sido la intención de las partes someter a dicho procedimiento sus diferencias, cabe preguntarse por qué se estableció dicha cláusula.</i></p> <p><i>Por último considera, en cuanto a la posición que asume la actora, que ello implica decidir por sí la validez o nulidad de la cláusula en cuestión, lo que tampoco se estima de recibo. (Conf. Dra. Teresita Macció, interlocutoria del 3 de agosto del 2010, IUE 3/3588/2010). Por consiguiente, declara la incompetencia - falta de jurisdicción- de la Sede para entender en el presente proceso.</i></p> <p><i>(...) Si bien en la demanda se solicita que se declare la nulidad de tal cláusula compromisoria del Convenio (fs. 386-390 y 392vto.-395), no corresponde acceder a dicho petitorio en la instancia, dado que este aspecto también quedaría dentro de las controversias a resolver en vía arbitral, conforme a lo establecido en los artículos 490 y 491 del Código General del Proceso, no tratándose de temática incluida en lo previsto en el artículo 493 y 494 del mismo cuerpo legal. Máxime atento al tenor de la Cláusula 10.1, que incluye en la materia del arbitraje pactado toda disputa, controversia o reclamo emergente del citado Convenio o relativo al mismo, a su vigencia, validez, interpretación, acuerdos relacionados, incumplimiento, extensión o invalidez"</i></p>	Si	Si

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 2. Sentencia 164/2017. 11 de octubre de 2017. (Franca (R), Brignani, Sosa).	Revoca la sentencia apelada, amparando la excepción.	<p>Respecto a la interpretación y alcance de la cláusula compromisoria pactada en los diversos contratos, si bien la Sala comparte con la recurrida que debe realizarse con un criterio restrictivo ya que tal es la posición del Tribunal en anteriores integraciones que se han mantenido con la presente (...) no considera que lo fallado haya sido ajustado a derecho.</p> <p>Ahora bien, el Tribunal entiende con la demandada recurrente que interpretada la cláusula en la forma señalada, de sus simples términos debe concluirse que lo que las partes sometieron a arbitraje fue la resolución de las diferencias en relación a la interpretación, cumplimiento y ejecución de los contratos (...). Debe recordarse que en estos casos rige el principio de autonomía de la voluntad que llevó a las partes a convenir una forma de solucionar los conflictos por medio de la justicia arbitral a la que remite la cláusula pactada. La redacción que le dieron las partes fue por demás amplia y abarcativa por lo cual tal extremo lleva a sostener al Tribunal que lo pretendido en la demanda se encuentra comprendido en tal alcance. (...)</p> <p>No cabe pues dudas al Tribunal de lo señalado ya que como se dijera la cláusula de arbitraje pactada fue amplia y genérica, de allí que deba concluirse que todas las controversias relativas a las convenciones deban resolverse en tal ámbito. Y el mismo destino debe seguir la validez o no de la cláusula atento a las diferencias de las partes respecto de su interpretación que se encuentra alcanzado por la cláusula arbitral.</p> <p>Por otra parte, el criterio precedente también se compadece con la extensión de la aplicación de la cláusula arbitraria a partir de un criterio pro arbitraje tal como lo señalara el Dr. Cerisola al analizar la jurisprudencia sobre Arbitraje Internacional en Contratos Comerciales (Revista de Derecho Comercial – FCU Tercera Época número 1 años 2008 págs. 138, 142, y 149/150) tal como lo sostuvo el Tribunal en anterior oportunidad que puede ser convocada (Cf. RUDP 1/2012 caso 605 página 369/370). La conexión innegable que se puede apreciar en cuanto a las pretensiones deducidas y el vasto alcance de la cláusula de arbitraje y jurisdicción pactada lleva al amparo de la defensa alegada (excepción de arbitraje) que determina la correspondiente clausura del proceso".</p>	Si	Si

Sentencia	Breve resumen	Aplicación del efecto negativo del KK (control liminar o sobre el fondo)	Presencia del criterio restrictivo	Remisión de las partes a arbitraje
TAC 7. Sentencia 109/2018. 24 de octubre del 2018. (Cabrera, Tommasino, Ettlin (R)).	Se confirma la sentencia interlocutoria de primera instancia que acogió la excepción de falta de jurisdicción, en razón de la presencia de una cláusula arbitral. (Cabe resaltar que la sentencia fue dictada por mayoría, existiendo dos discordias que abogaban por la casación de la sentencia, considerando que las contiendas laborales no eran susceptibles de ser arbitradas).	<i>"Ahora bien, la determinación de la validez y/o eficacia de la cláusula arbitral es competencia exclusiva del tribunal arbitral, por lo que no es una cuestión que pueda ser resuelta por la justicia ordinaria. Al respecto, preceptúa el art. 475.2 del C.G.P.: "Corresponde también al tribunal arbitral conocer de las cuestiones relativas a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral". En este ámbito, el Dr. Gabriel Valentín ha indicado que "El nuevo ordinal 475.2 establece expresamente que corresponde al propio tribunal arbitral resolver las cuestiones relativas a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. (...) Ahora bien, una cosa es que la justicia oficial se pronuncie acerca de si una determinada materia es o no arbitrable (punto respecto del cual, a juicio de todos quienes concurren a formar esta decisión, conserva jurisdicción exclusiva y excluyente) y otra cosa muy distinta es, una vez definido tal extremo, determinar si la cláusula arbitral concreta resulta válida o nula, eficaz o no (por ej. porque se pactó en un contrato de adhesión), extremo reservado a los árbitros, según lo preceptúa la norma incidente. Es esta la cuestión del alcance de la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, cuestión que no fue expresamente resuelta por el Legislador. Ante la ausencia de norma atributiva de tal competencia, como cuestión totalmente independiente de la validez y eficacia de la cláusula arbitral, la mayoría que concurre al dictado de este pronunciamiento entiende que la autonomía de la cláusula arbitral es de interpretación estricta y que no caben intelecciones extensivas para delimitar la competencia de los árbitros, solución que, no hace sino, contemplar el principio protector y de mayores garantías para el trabajador.</i>		
TAC 6. Sentencia 54/2019. 29 de mayo de 2019. (De Simas, Gomez Haedo (R) y Bortoli).	En primera instancia se amparó la excepción de falta de jurisdicción, ante lo cual la parte afectada apeló, expresando que remitir los autos a arbitraje implicaría reconocer que la demandada se encuentra vinculada por la cláusula arbitral, lo cual se controvierte, ya que esa parte alegaba su inexistencia.	<i>"La sentenciante simplemente señaló que mientras que para la demandada el contrato es plenamente válido y por ende, en virtud de lo dispuesto en la cláusula corresponde someter la contienda a la resolución de un tribunal arbitral; para la actora el contrato no es vinculante (...) que al no existir cláusula compromisoria por escrito, no tiene obligación de comparecer a un proceso arbitral. Y que por tanto, postulando (...), la inexistencia de la cláusula arbitral, la determinación sobre la validez y eficacia de la misma, es materia reservada a los árbitros, conforme lo dispone el art. 475.2 del C.G.P. (...) Como señala la "a quo", Santiago Pereira Campos refiriéndose al art. 475.2 del C.G.P. manifiesta que se define con claridad que compete al tribunal arbitral –y por ende no compete a la justicia oficial- conocer acerca de los cuestionamientos sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. (...) A juicio de la Sala, quien debe resolver la validez o nulidad de la cláusula arbitral y del contrato es, justamente, el Tribunal arbitral".</i>		
TAC 6. Sentencia 29/2020. 3 de marzo de 2020. (Alves de Simas (R), Haedo, Bortoli).	Rechaza la excepción, considerando que el demandado renunció al arbitraje (Resultado relevante considerar que este fallo es posterior a la sanción de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Nro. 19.636).	<i>"En base a lo dispuesto por la cláusula (...) el decisor del grado anterior entendió que todo lo referente al daño emergente y lucro cesante reclamados por el actor, debían someterse al proceso arbitral. La Sala no comparte tal conclusión. (...) En el caso entonces, ante el desinterés demostrado por el demandado en el proceso incoado a su respecto, debe tenerse por renunciado a dicha cláusula, debiendo el conflicto planteado ser examinado por el órgano judicial en todos los aspectos de la pretensión, lo que incluye el daño emergente y el lucro cesante".</i>	No	No
TAC 6. Sentencia 296/2020. 23 de setiembre de 2020 (Alves de Simas, Haedo, Bortoli (R)).	Confirma decisión de primera instancia que amparó la excepción de falta de jurisdicción. Considera que los términos de la cláusula arbitral son amplios, y que no existió renuncia de las partes a que la misma aplicara.	<i>Los ahora litigantes en uso de su autonomía de la voluntad convinieron oportuno dejar librado al procedimiento arbitral y no a la jurisdicción ordinaria. (...) La cláusula décimo cuarta es clara en su redacción (...) Con dicha fórmula, que ambas partes entendieron establecerla en la cláusula referida, abarcan todo tipo de desavenencias. Y cabe consignar que dicha solución es a la que se arriba interpretándose la cláusula en sentido estricto, en cuanto supone distraer el litigio de los tribunales ordinarios como es criterio de la Sala. (...) En la especie el vocablo utilizado "desavenencias" es por demás general, y su alcance no puede ser otro que el comprender todas las desavenencias".</i>		

Referencias bibliográficas

Doctrina:

- Arrighi, P. (2016). *La interpretación de las cláusulas arbitrales*. Revista de Derecho y Jurisprudencia Civil. Año IV.
- Pereira Campos, S. (2003). *Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Nro. 4. Año II.
- Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International.
- Gaillard, E. y Savage J (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Michou, I. (2009). *France: Lower Courts Reminded About Competence-Competence*. Global Arbitration Review.
- Capiel, L. (2010). *El principio de Kompetenz-Kompetenz en España*. Revista del Club Español de Arbitraje.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [UNCITRAL], (1983). *Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of Its Fifth Session*, U.N. Doc. A/CN.9/233, XIV UNCITRAL Y.B.
- Bachand, F. (2009). *Kompetenz-Kompetenz, Canadian Style*. Arbitration International, Oxford University Press, Vol. 25, Tomo 3.
- Brekoulakis, S. (2009). *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*. Austrian Arbitration Yearbook.

Jurisprudencia:

- BN Amro Bank Canada c. Krupp MaK Maschinenbau GmbH, Corte Suprema de Ontario, 1994.
- Gefu Küchenboss y Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs c. Corema, Corte de Casación de Francia, 8 de abril de 2009.
- Gulf Canada Resources Ltd c. Arochem International Ltd, Corte de Apelaciones de Columbia Británica, 1992.
- Harrison c. UBS Holding Canada Ltd, Corte de Apelaciones de New Brunswick, 2013.
- Laviosa Chimica Mineraria v. Afitex, Axa France y Cognac TP, Corte de Casación de Francia, 11 de febrero de 2009.
- Malini Ventura c. Knight Capital Pte Ltd, Tribunal Supremo de Singapur, SGHC 225, 2015.
- SJC. Sentencia 231/2005. 16 de noviembre de 2005. (Gutierrez (P), Parga (R), Van Rompaey, Rodriguez Caorsi, Troise Rossi)

SCJ. Sentencia 43/2006. 24 de marzo del 2006. (Gutierrez Caorsi (P), Parga (R), Van Rompaey, Gutierrez Proto, Troise (R).

TAC 1. Sentencia i196/2010. 27 de abril de 2010. (Castro (R), Salvo, Vazquez).

TAC 5. Sentencia i186/2008. 3 de abril de 2008. (Fiorentino, Presa (R) y Simon).

TAC 6. Sentencia 223/2008. 19 de agosto de 2008. (Klett (R), Hounie).

TAC 1. Sentencia 291/2008. 12 de noviembre de 2008. (Salvo, Castro, Vazquez (R).

TAC 6. Sentencia 165/2009. 30 de junio de 2009. (Klett (R), Hounie, Martínez).

TAC 1. Sentencia 605/2009. 21 de octubre de 2009 (Castro (R), Salvo, Vazquez).

TAC 3. Sentencia 262/2009. 11 de noviembre de 2019. Chalar, Cardinal (R), Alonso).

TAC 1. Sentencia i704/2010. 24 de diciembre de 2010. (Vazquez (R), Castro, Salvo).

TAC 2. Sentencia 2/2011. 16 de febrero de 2011. (Fregoli, Perez Brignani (R), Franca Nebot).

TAC 4. Sentencia 217/2011. 20 de julio de 2011. (Tobia, Turell, y Maggi (R).

TAC 4. Sentencia 255/2012. 3 de octubre de 2012. (Turell, Maggi (R) y Gatti).

TAC 3. Sentencia SEI-0007-0000086/2015. 9 de diciembre de 2015. Opertti, Alonso (R), Cardinal).

TAT 2. Sentencia 0013-0000275/2016. 10 de agosto de 2016. (Tosi (R), Corrales, Gianero).

TAC 7. Sentencia 50/2016. 15 de junio de 2016. (Cabrera, Tommasino (R), Ettlin).

TAC 7. Sentencia 32/2017. 19 de abril de 2017. (Cabrera (R), Tommasino, Ettlin).

TAC 2. Sentencia 164/2017. 11 de octubre de 2017. (Franca (R), Brignani, Sosa).

TAC 7. Sentencia 109/2018. 24 de octubre del 2018. (Cabrera, Tommasino, Ettlin (R).

TAC 6. Sentencia 54/2019. 29 de mayo de 2019. (De Simas, Gomez Haedo (R) y Bortoli).

TAC 6. Sentencia 29/2020. 3 de marzo de 2020. (Alves de Simas (R), Haedo, Bortoli).

TAC 6. Sentencia 296/2020. 23 de setiembre de 2020 (Alves de Simas, Haedo, Bortoli (R).



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Alexis MOURRE

A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional

Alexis MOURRE

Socio fundador de Mourre Gutiérrez Chessa Arbitration

Universidad de París II - Panthéon-Assas (Francia)

amourre@mourrepartners.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2241-7926>

Recibido: 14/11/2022 - Aceptado: 20/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Mourre, Alexis (2022). A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional.
Revista de Derecho, 21 (42), 157-167. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.8>

A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional¹

157

Palabras clave: arbitraje, arbitraje internacional, resolución de conflictos

1 Adaptación de la Conferencia Inaugural en la XIII Conferencia Latinoamérica de Arbitraje llevada a cabo el 2 de junio de 2022 en Montevideo, Uruguay. El autor agradece a Yoshie Concha por su gran ayuda en la preparación de esta ponencia.

The legitimacy of international arbitration

Keywords: arbitration, international arbitration, dispute resolution

158



A legitimidade da arbitragem internacional: uma questão de debate

Palavras-chave: arbitragem, arbitragem internacional, resolução de disputas

Para empezar, les voy a contar una pequeña historia. Es la historia de una sociedad muy antigua, en la cual los sacerdotes, que entonces eran llamados pontífices, resolvían todos los temas que surgían en la vida social con decisiones basadas en la tradición gentilicia. Estas decisiones eran conocidas como *responsas*. Cada *responsa* se emitía según un rito religioso particular, resolviendo así cada caso particular. Estas *responsas* terminaron por sedimentar un saber misterioso, en parte político y en parte mágico-religioso, el cual era compartido únicamente por los pontífices. Y este saber, que hoy llamaríamos jurisprudencial, terminó a su vez por constituir la ciencia legal, y los pontífices por convertirse a lo largo del tiempo en una clase de técnicos del derecho. Así nacieron los juristas que conocían los ritos y sabían cómo elaborar las *responsas*. Esta es la historia del nacimiento del derecho en la época de la Roma arcaica.

Y este derecho, el cual los romanos llamaban *ius*, se convirtió en algo tan importante - no solo para la organización de la sociedad, sino también para la cultura civil - que en algún momento el pueblo reivindicó que esta sapiencia misteriosa fuera públicamente compartida a fin de que se supiera con transparencia y previsibilidad cuales serían las *responsas* que se emitirían para resolver sus problemas cotidianos, sin que mediara arbitrariedad. Los pontífices se opusieron, pero en vano, y es así como, en el quinto siglo antes de Cristo, Roma adoptó la llamada Ley de las Doce Tablas que es el acta fundadora del derecho escrito y la primera compilación del derecho escrito en el Occidente. Y es así como del *ius* nació la *lex*. Luego de siglos de elaboración doctrinal y de práctica jurisprudencial, en el Sexto siglo después de Cristo se pasó de las Doce Tablas al *Corpus Iuris Civilis* y al *Digesto*, los cuales siguen siendo la base de todo el derecho, tal y como lo conocemos en todos los países de tradición civilista.

Y ustedes se preguntarán, ¿por qué les estoy hablando de esto y qué tiene que ver con el arbitraje?

Les cuento esto porque esta historia de más de diez siglos, desde las Doce Tablas hasta el Código de Justiniano, es la historia de la lenta maduración de un sistema legal. Es una historia donde vemos al sistema legal deshacerse del extremo formalismo de la época arcaica de los formularios utilizados por los pontífices. Y también es la lenta formación de una comunidad epistémica que terminó siendo, en la Media Edad, realmente global en todo el Occidente, compartiendo la misma sapiencia y los mismos valores.

Es la historia de un sistema de derecho que, para adaptarse a la mundialización del mundo mediterráneo en la época imperial, inventó respuestas globales, comprensibles para todos, como son los principios de equidad y de buena fe. Es la historia de un sistema de derecho que, en palabras de Cicerón, buscó legitimarse reivindicando su absoluta autonomía, no solamente con respecto de la religión y de la política, sino también con respecto del Estado mismo. Y esta absoluta autonomía, la ciencia jurídica la buscó en el derecho natural, otra creación increíblemente fecunda del derecho romano.

Ahora entienden por qué les conté todo esto. La historia del arbitraje tiene muchos puntos en común con el largo proceso de maduración del derecho romano: apartarse del formalismo, buscar respuestas globales en un mundo global, y la reivindicación de la autonomía de su comunidad epistémica, que tan bien fue ilustrada por Emmanuel

Gaillard². Como el derecho romano llegó a su madurez con la codificación Justiniana, también el arbitraje ha llegado a la época de su madurez en varios aspectos, que son bien conocidos y sobre los cuales no me voy a extender mucho.

Primero, la creación de una comunidad epistémica global que comparte los mismos valores y la misma visión del arbitraje. Segundo, la emergencia de un cuerpo de reglas transnacionales que regulan el proceso arbitral internacional, las cuales, por cierto, son de naturaleza opcional – el llamado *soft law* –, pero son generalmente compartidas y casi alcanzan el nivel de costumbre procedimental. Tercero, la elaboración de un marco normativo y convencional cuyos pilares son la Convención de Nueva York³ y la Ley Modelo⁴ de la CNUDMI⁵, y que asegura el reconocimiento de los convenios arbitrales, el apoyo de la judicatura al arbitraje y la ejecución de los laudos. Y finalmente, la emergencia de una red compuesta por instituciones, tanto globales – como la CCI – como regionales y locales, las cuales forman la columna vertebral de un verdadero sistema de justicia del comercio internacional.

Todo esto hace que realmente el arbitraje responda a la definición que la comunidad le ha dado – no sin algo de complacencia – como el medio normal de resolución de las controversias del comercio internacional. En otras palabras, el arbitraje internacional ha llegado al punto de alcanzar un cierto nivel de autonomía funcional, reglamentaria, institucional e incluso regulatoria con respecto de los Estados.

Ahora bien, esta autonomía y el éxito del arbitraje son el fruto de dos factores.

El primero es que el arbitraje es la justicia natural del comercio internacional, por lo que mientras más globalizada sea la economía mundial, más se desarrolla el arbitraje. Y el segundo es el apoyo de los Estados, el cual depende, a su vez, de la legitimidad que tiene el arbitraje a los ojos de los Estados como mecanismo de resolución de disputas.

Es evidente para todos que, en ambos aspectos, estamos entrando en aguas peligrosas, tanto por la enorme crisis de la economía mundial que nos está llegando, como por la naciente crisis de legitimidad a la cual el arbitraje se está enfrentando.

La verdad es que el arbitraje internacional se encuentra en una encrucijada. Primero, porque al convertirse en un verdadero sistema de justicia internacional no puede seguir sin un sistema de reglas coherente y universalmente aceptado y, segundo, porque mantener su legitimidad en tiempos de creciente populismo y soberanismo exige cambios para establecer principios de transparencia y estándares de ética indiscutibles para todos los actores del sistema.

Y, por cierto, muchas ideas están circulando en este momento, algunas de las cuales creo que son malas, y otras muy buenas.

Empecemos por las malas ideas.

La primera de ellas ha sido objeto de mucha discusión en los últimos años, y es la de suprimir los nombramientos de parte. Esta idea, además de ser impracticable, ha

2 En su obra: E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de Droit International de La Haye, 2008.

3 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

4 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendada en 2006.

5 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

suscitado reacciones muy negativas en la comunidad arbitral, y también en el mundo empresarial, y en efecto parece difícilmente compatible con la autonomía de las partes que es el fundamento del arbitraje. Los nombramientos de parte son un elemento importante de la legitimidad del sistema, no tanto a los ojos de los Estados, sino a los de los usuarios, es decir las empresas, las cuales ven en esta oportunidad una manera de ser involucradas en un sistema que justamente perciben como diferente de la justicia ordinaria por su aspecto consensual.

También se puede criticar esta idea por el efecto que tendría sobre la comunidad arbitral, en la cual hoy en día los árbitros compiten libremente para obtener nombramientos con base en un capital simbólico, en su recorrido profesional y en su reputación adquirida en particular gracias a la calidad de su trabajo en otros casos; mientras que una prohibición unilateral de los nombramientos concentraría el poder en manos de las instituciones, con el riesgo de introducir más política arbitral al sistema, quitarle transparencia y, al final, modificar la sociología de la comunidad arbitral de manera indeseable.

La segunda mala idea que ha emergido en años recientes es la de elaborar reglas sobre la prueba de corte continental por oposición a las Reglas⁶ de la IBA⁷, las cuales serían supuestamente de corte más anglosajón. Habrán entendido que me estoy refiriendo a las llamadas Reglas de Praga⁸. Esta es una mala idea porque comporta el riesgo de una fragmentación reglamentaria, cuando lo que necesita el arbitraje, como sistema de derecho transnacional, es un marco procedimental común que asegure que cada parte, cualquiera sea su cultura legal, juegue bajo las mismas reglas. La convergencia de las reglas procedimentales ha sido una etapa fundamental del proceso de maduración del arbitraje en las últimas tres décadas y la idea misma del arbitraje internacional es precisamente la de reglas comunes y de una cultura común que sea aceptable para todos.

Como parte de esta mala idea que son las Reglas de Praga hay dos sub malas ideas que me parecen sumamente peligrosas. La primera es que las solicitudes de producción de documentos serían algo patológico, inútil y causa principal de los excesivos tiempos y costes del arbitraje. Esto es profundamente equivocado. La posibilidad de solicitar la producción de documentos es, en efecto, un elemento fundamental del debido proceso y un factor importante de transparencia y de honestidad en el proceso judicial. Al respecto, las Reglas de la IBA han logrado un compromiso entre la tradición civilista y la tradición anglosajona que permite a todos jugar bajo las mismas reglas, y también permite a los árbitros, gracias a la limitación de solicitudes de producción a “*narrow and specific categories of documents*” y a la técnica de los *Redfern Schedule* – o *Stern Schedule*, que son esencialmente lo mismo - resolver estos temas de manera rápida y eficaz.

Otra mala idea, por lo menos si la tomamos en su forma extrema, que se encuentra vehiculada en las Reglas de Praga, pero también en más y más literatura contemporánea, es la idea según la cual los árbitros deberían mostrarse muy directivos en la conducción del proceso, indicando a las partes, al inicio de éste, los temas que hay que resolver y cómo hay que hacerlo, y convocando a las partes a frecuentes conferencias procesales - un poco como lo haría un juez anglosajón. Ahora bien, para que no haya malentendidos:

6 Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

7 International Bar Association.

8 Reglas Sobre Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional.

soy el primero en pensar que un nivel alto de consulta entre los árbitros y los abogados, en todas las fases del proceso, es algo bueno; que discutir de la posibilidad de bifurcar la competencia o el quantum es algo bueno; que la práctica del *expert conferencing* y de los *joint reports* es algo excelente; y que organizar conferencias procesales durante el curso del procedimiento, por ejemplo, antes de la audiencia, es algo bueno. Pero creo que siempre hay que tener presente que las partes son las dueñas del proceso arbitral. Y tampoco hay que olvidar que las *learning curves* de los árbitros y de los letrados son muy diferentes y que, en la fase inicial del proceso, los árbitros son fundamentalmente ignorantes de los temas sobre los que tendrán que decidir.

Creo que una de las cualidades más importantes de un buen árbitro es la de saber reservarse su juicio, lo más posible, sobre los temas en disputa hasta que se hayan escuchado a las partes completamente y haya madurado el momento para la decisión. No existe peor árbitro que aquel quien cree haber entendido todo antes de haber escuchado a las partes o – aún peor – quien se cree tan inteligente que entiende todo mejor que los demás. La humildad es no solo una virtud humana, sino también una calidad fundamental para lo que hacemos profesionalmente, así que un exceso de intervencionismo puede resultar en algo muy negativo. En particular, el enfoque que a veces se pone sobre lo deseable que sería que los árbitros puedan comunicar a las partes, en una fase temprana del proceso, su punto de vista provisional sobre los temas en disputa es una fuente de riesgos que no se puede infravalorar por las razones que se acaban de exponer. Expresar un juicio preliminar en una fase en la cual el árbitro todavía no ha examinado todas las pruebas y tampoco tiene una visión global del caso puede generar falsas expectativas y, a veces, llevar a las partes hacia direcciones equivocadas.

Y para terminar con las malas ideas, me gustaría dedicar algunas palabras a la prueba testifical. En los últimos años, ha habido una ola de artículos y de conferencias sobre el tema de los sesgos memoriales, de lo poco confiables que son los testigos, y de los inútiles gastos y tiempos que comportan las audiencias de prueba como se practican actualmente. Y creo que al final, esa una inquietud muy anglosajona, que viene de un contexto judicial en el cual la prueba testifical tiene un rol que no tiene en el proceso arbitral. Efectivamente, si se da al testimonio el valor de una prueba perfecta, es evidente que todo el edificio del proceso arbitral - con la posibilidad de escuchar a las partes o empleados de las partes, las declaraciones escritas de largo alcance y la posibilidad de preparar a los testigos – resulta inadecuado, generando gastos y tiempos inútiles, así como riesgos para la integridad del proceso mismo.

Sin embargo, la práctica de la prueba testifical en el arbitraje es distinta. El testimonio, en el arbitraje, es libremente valorado por los árbitros y tiene una función mixta. En algunas ocasiones ciertamente puede servir para establecer la existencia de un hecho controvertido. Pero esto no es lo más importante. De un lado, la prueba oral tiene un valor confirmatorio de la prueba escrita. Como decía Serge Lazareff, los árbitros forman su opinión escuchando a los testigos, pero construyen su laudo con los documentos. Y en efecto, es muy infrecuente que un laudo se base exclusivamente en las declaraciones de un testigo, a menos que el testigo haya declarado en contra de la parte que lo ha presentado. De otro lado, la audiencia testifical, como está concebida entorno a la declaración escrita y al contrainterrogatorio – el cual debería ser libre y no limitado al alcance de la declaración escrita – sirve como un momento de encarnación del

caso: es el momento en el cual el caso deja de ser abstracto para encarnarse en la historia viva que ofrecen las personas que han vivido los hechos, y esa historia es enormemente instructiva cualesquiera sean las fallas memoriales de dichos individuos. En otras palabras, es el momento en que los escritos toman vida, y en ese momento los árbitros entienden realmente lo que pasó y cuáles son las verdaderas causas de la disputa.

De manera general, creo que el proceso arbitral, tal y como lo conocemos, funciona, y funciona muy bien. El procedimiento arbitral, tal y cual lo conocemos, es el fruto de más de 70 años de experiencia, de sedimentación reglamentaria y de esfuerzos de la comunidad arbitral para racionalizarlo y al mismo tiempo alcanzar un equilibrio entre varias tradiciones legales, y así lograr un consenso universal, en particular con las Reglas de la IBA. Por eso, no creo que la estructura del proceso arbitral, tal y como la conocemos en la actualidad, se deba cambiar fundamentalmente.

Sin embargo, sí existen algunas reformas que son enormemente necesarias, y les voy a mencionar cuatro.

La primera se refiere al estándar aplicable a las revelaciones de conflictos de interés de los árbitros. No es difícil entender la importancia del tema, pues la transparencia en las revelaciones de conflictos es una condición esencial para la legitimidad del sistema arbitral. El problema, sin embargo, es que seguimos sin un estándar universalmente aceptado, lo que resulta en que, dependiendo de la institución elegida por las partes o el derecho aplicable, el estándar pueda ser diferente.

Existe, de un lado, el estándar subjetivo “*a los ojos de las partes*” adoptado por la IBA⁹ y la CCI¹⁰, el cual significa que el árbitro debe revelar cualquier circunstancia que pueda, según la perspectiva de las partes, ser problemática. Y existe, de otro lado, el estándar objetivo que la Corte suprema inglesa, en el caso *Halliburton*¹¹, ha definido como el punto de vista del “*fair minded and informed observer*”. Este último es el estándar del derecho inglés y también, según indican autores como Gary Born¹², el de la Ley Modelo¹³ y el Reglamento de Arbitraje¹⁴ de la CNUDMI.

Ahora bien, si es que existe una diferencia entre estos dos estándares, se debe entender que el estándar objetivo de *Halliburton* permite al árbitro, de una cierta manera, ejercer un juicio sobre lo que tiene que revelar o no. En otros términos, este estándar objetivo es bastante parecido al que aplica la institución o el juez que tienen que decidir sobre

9 Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, Parte I, Norma general (2)(c): “*Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes*”.

10 Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje 2021, artículo 11.2: “*Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios*”.

11 *Halliburton Co. c. Chubb Bermuda Insurance Ltd.* (previamente conocido como *Ace Bermuda Insurance Ltd.*) [2020] UKSC 48.

12 Cft. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2021, 3d ed.

13 Artículo 12.1: “*1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas*”.

14 Artículo 11: “*Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.[...]*”.

una recusación, y este misterioso “*fair minded and informed observer*” se presenta muy similar a un juez.

Pues este estándar objetivo llega a confundir el estándar aplicable a las revelaciones y el que se aplica a las recusaciones, permitiendo así, de manera desafortunada, que el árbitro se sustituya en cierta medida en la posición del juez y se convierta en el juez de sus propios conflictos, lo cual no solo es inaceptable, sino que comporta riesgos muy serios para la integridad del sistema.

Por lo tanto, la primera reforma que propongo es la adopción universal del estándar subjetivo “*a los ojos de las partes*” para revelaciones. Sin embargo, aunque exista al respecto un creciente consenso institucional, sigue habiendo resistencias y malentendidos. Por ejemplo, aunque la tercera versión del proyecto de Código de Conducta¹⁵ de la CNUDMI y el CIADI¹⁶ haya propuesto en su artículo 10 adoptar el estándar subjetivo, la cuarta versión parece haber hecho marcha atrás.

La segunda reforma que propongo también va en la dirección de darle al sistema arbitral una mayor transparencia, y se trata de llegar a una publicación sistemática, o casi sistemática, de los laudos arbitrales. Es decir, pasar de un principio de confidencialidad a un principio de publicidad.

Esto se puede realizar solo con base en una convergencia de la práctica de las mayores instituciones arbitrales, incluyendo en sus reglamentos un principio de publicación del laudo con el nombre de las partes, de los árbitros y de sus asesores salvo acuerdo contrario de todas las partes. Algunos pasos en esta dirección ya han sido cumplidos por algunas instituciones como la CCI, y luego por otras como la Cámara Arbitral de Lima o la de Milán. Pero incluso estos pasos son muy limitados, al prever la nota a las partes de la CCI¹⁷, por ejemplo, la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda oponerse a la publicación.

¿Por qué es necesario un cambio tan radical? Primero, porque el arbitraje es una forma de justicia y, tarde o temprano, el público y los Estados dejarán de aceptar que se rinda de manera confidencial. Segundo, porque publicar los laudos contribuye a asegurar una mayor transparencia, en particular en cuanto a las relaciones entre los árbitros, las partes y sus asesores; a pasados nombramientos; y a la manera en la cual los árbitros resuelven. Tercero, porque poder referirse a laudos emitidos en otras disputas es útil y contribuye a una mejor justicia arbitral. Y finalmente, porque la publicación sistemática de los laudos permitiría la emergencia de una verdadera “*jurisprudencia*” arbitral, lo cual contribuiría tanto a una evolución armoniosa del derecho – recordemos las palabras de Lord Thomas en su *lecture* de 2016¹⁸ – como a un reforzamiento de la *lex mercatoria*.

15 Proyecto de Código de Conducta para árbitros y otras personas que ejercen funciones de adjudicación, *disponible en*: <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>

16 Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial.

17 Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (1 enero 2021), *disponible en*: <https://iccwbo.org/publication/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-the-arbitration-spanish-version/>

18 The Right Hon. The Lord Thomas of Cwmgiedd, *Lord Chief Justice of England and Wales, Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration*, The Baillii Lecture 2016 (9 marzo 2016), *disponible en*: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf>

Una tercera reforma deseable es la adopción de reglas universalmente aceptadas sobre la conducta de los abogados. Y es que, ¿cuál puede ser un tema de mayor importancia para un sistema de justicia que el saber si existe un deber de los abogados de actuar de buena fe y cómo este deber debe aplicarse y controlarse?

No es sostenible que un sistema de justicia global, como lo es el arbitraje, no tenga reglas uniformes con respecto de cuestiones tan importantes como el deber de arbitrar en buena fe; si se permiten los *beauty contests* y bajo qué condiciones; si los co-árbitros pueden mantener contactos *ex parte* con las partes a la hora de constituir el tribunal arbitral; si se puede hablar con los testigos antes de la audiencia y en qué medida; si existe un deber de no alegar hechos falsos; si existe un deber de no destruir documentos relevantes o de invitar a su cliente a cumplir con las órdenes del tribunal; o si existe el deber de no introducir un nuevo *counsel* mientras el arbitraje esté en curso y eso pueda crear un conflicto de interés.

Considero que no es sostenible para el arbitraje que todos estos temas se remitan a legislaciones nacionales o reglas profesionales diferentes para cada letrado, quitándole así a las partes tanto la previsibilidad como la igualdad de trato. El arbitraje nunca podrá asumirse como un sistema de justicia plenamente maduro sin reglas uniformes sobre estos temas.

La pregunta es cómo hacerlo. Ciertamente no es realista pensar en que esto se pueda resolver con un tratado internacional, por lo que la única vía es, otra vez, la del *soft law*; es decir, de la adopción de reglas no obligatorias pero que, sin embargo, codifican las prácticas más deseables, las cuales a su vez se transforman en derecho casi obligatorio.

La IBA adoptó, en el 2013, las directrices sobre representación de parte¹⁹. Este es, a la fecha, el único texto internacional que regula todos los temas que acabo de mencionar. Es un texto equilibrado, que explica las mejoras prácticas en aras de asegurar que el proceso arbitral se desarrolle según principios de buena fe y de igualdad de partes. No obstante, las directrices de la IBA han sido fuertemente criticadas, en particular por miembros de la comunidad suiza de arbitraje, incluso recientemente.

Las directrices IBA son reglas razonables, como el deber del abogado de no presentar pruebas falsas, de informar a su cliente de su obligación de no destruir documentos relevantes cuando recibe una demanda de arbitraje, o de no mantener comunicaciones *ex parte* con los árbitros salvo en la fase de constitución del tribunal arbitral si todas las partes lo han acordado. También las directrices aclaran temas tan importantes como las entrevistas previas a un nombramiento y las condiciones bajo las cuales se puede preparar a un testigo para la audiencia. Y por fin, establecen un principio fundamental: los árbitros, en la medida en la cual sea necesario para proteger la integridad del proceso arbitral, tienen poder disciplinario sobre los abogados.

Y la verdad es que nadie – con la salvedad de la LCIA²⁰, que ha adoptado reglas parecidas en su propio reglamento - ha propuesto una alternativa viable a las directrices de la IBA. En algún momento, la Asociación Suiza de Arbitraje²¹ propuso la creación de una especie de consejo mundial que supuestamente habría tenido poder disciplinario

19 Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.

20 The London Court of International Arbitration.

21 Swiss Arbitration Association – ASA.

sobre los árbitros, pero nunca se explicó cuál sería el fundamento de este poder y cómo hubiera funcionado, así que este proyecto no prosperó. Entonces, solo quedan las directrices de la IBA, las cuales son ahora más frecuentemente mencionadas por las partes en actas de misión o en *terms of appointment*, y han sido adoptadas por instituciones como la CCI. La comunidad arbitral en su conjunto debería empujarlas más, hasta que todas las mayores instituciones arbitrales las hayan adoptado, o hayan adoptado reglas consistentes, como hizo la LCIA.

La cuarta y última de las reformas necesarias para que el arbitraje llegue plenamente a la edad de madurez es la generalización de sistemas de arbitrajes expeditos basados en el *opt-out*.

Esto es, como saben, el sistema que fue adoptado en 2017 por la CCI. En el momento en que se adoptó este sistema, hubo muchas críticas: algunos decían que se trataba de una violación del consenso de las partes, y otros que no iba a funcionar. Hoy en día, más de 400 laudos han sido emitidos bajo estas reglas²², y lo que se puede ver es que la inmensa mayoría de estos laudos ha sido emitida en plazo, y que la calidad de estos laudos es tan buena como la de laudos que se emiten después de un procedimiento de dos o tres años con costes muy superiores.

Pues el sistema funciona, y eso nos dice que la respuesta a la cuestión perfectamente legítima de los excesivos tiempos y costes del arbitraje tiene que ser institucional y pasa por mecanismos que sean a la vez obligatorios y adaptados a la especificidad de cada caso. No tiene sentido que se maneje un arbitraje sumamente complejo de decenas de millones de dólares de la misma manera que un contencioso comercial ordinario en el cual las partes se pelean por algunos millones o decenas de millones de dólares.

En cierta medida, el arbitraje expedito es una vuelta a la gran promesa perdida del arbitraje: una justicia simple, eficaz y rápida para resolver, sin excesivos formalismos, los litigios que surgen en el día a día del comercio internacional.

La CCI tiene hoy en día alrededor de 1,800 casos pendientes, y más o menos 30% de éstos implican demandas por cuantías menores a 3 millones de dólares, que es el tope hasta por el cual aplica el arbitraje expedito de manera obligatoria. La CCI, sin embargo, tuvo muchos arbitrajes expeditos por cuantías muy superiores, e inclusive uno por más de 100 millones de dólares con base en el *opt-in*.

Si asumimos, por un momento, que el monto para la aplicación del arbitraje expedito fuera aumentado a 10 millones de dólares, más del 50% del total de los casos que son administrados por la CCI serían resueltos en 6 meses. Y nos podríamos preguntar si, en este caso, el arbitraje expedito no se convertiría en lo normal, mientras que solo una minoría de casos, los más grandes y los más complejos, seguirían resolviéndose con procedimientos de dos o tres años, como actualmente es más o menos la regla común. El procedimiento expedito pues tiene el potencial de revolucionar totalmente el arbitraje, resolviendo de manera eficaz la preocupación legítima de las empresas por los tiempos y los costes excesivos del arbitraje.

22 Procedimiento abreviado bajo el artículo 30 y Apéndice VI del Reglamento de Arbitraje de la CCI, tanto en sus versiones 2017 como 2021.

Por eso la cuarta reforma que deseaba proponer a manera de conclusión es precisamente ésta, y más bien es una revolución: que todas las instituciones adopten un modelo de arbitraje expedito basado en el *opt-out*, y que volvamos así a la gran promesa perdida del arbitraje internacional.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Eduardo ESTEVA GALLICCHIO

El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo de Estados Unidos

Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO

Profesor Titular Extraordinario de Derecho Constitucional, Universidad de Montevideo (Uruguay);
Profesor Titular Emérito de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Uruguay (Uruguay);
Investigador (A) Nivel I del S.N.I.
dircedecu@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3738-1575>

Recibido 20/11/2022 - Aceptado: 30/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Esteva Gallicchio, Eduardo (2022). El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Revista de Derecho*, 21 (42), 171-192. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.9>

El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo De Estados Unidos

171

Resumen: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos expidió el 24 de junio de 2022, una histórica sentencia en el caso *Dobbs*, relativa al derecho a la vida y muy especialmente, a la cuestión del aborto. La opinión mayoritaria de cinco de los jueces, contra tres que expresaron su disidencia y una opinión diferenciada del Presidente Roberts, invalidó los pronunciamientos de los casos *Roe* (1973) y *Casey* (1992), que durante casi medio siglo posibilitaron considerar que existía un derecho constitucional al aborto según la Constitución federal. La mayoría acreditó la inexistencia de un supuesto derecho constitucional a abortar y sentó nuevos estándares en la materia. También devolvió al Pueblo la decisión sobre un tema de máxima relevancia moral y ética. La sentencia comentada trabaja especialmente la cuestión de los derechos constitucionales implícitos y tiene proyección prácticamente universal.

Palabras clave: Interpretación constitucional. Derecho al aborto. Anulación. Precedentes. Debido proceso legal.

Abortion is not a constitutional right. A historic ruling of the United States Supreme Court

Abstract: The Supreme Court of the United States issued on June 24, 2022, a historic ruling in the Dobbs case, relating to the right to life and especially, to the issue of abortion. The majority opinion of five of the judges -against three who expressed their dissent and a differentiated opinion of Chief Justice Roberts- overruled the pronouncements of the Roe (1973) and Casey (1992) cases, which for almost half a century made it possible to consider that there was a constitutional right to abortion under the federal Constitution. The majority proved the non-existence of a supposed constitutional right to abortion and set new standards in the matter. It also returned to the People the decision on an issue of maximum moral and ethical relevance. The commented sentence works especially on the issue of implicit constitutional rights and has practically universal projection.

Keywords: Constitutional interpretation. Right to abortion. Overruled. To stand by things decided, Due process of law.

172



O aborto não é um direito constitucional. Uma decisão histórica da Suprema Corte Dos Estados Unidos

Resumo: A Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América proferiu, em 24 de junho de 2022, decisão histórica no caso Dobbs, relativa ao direito à vida e, principalmente, à questão do aborto. A opinião majoritária de cinco dos juízes, contra três que se manifestaram dissidentes e opinião diferenciada do Chefe de Justiça Roberts, invalidou os pronunciamentos dos casos Roe (1973) e Casey (1992), que por quase meio século permitiram considerar que havia um direito constitucional ao aborto na Constituição Federal. A maioria acreditou a inexistência de um suposto direito constitucional ao aborto e estabeleceu novos parâmetros na matéria. Também devolveu ao Povo a decisão sobre uma questão de máxima relevância moral e ética. A sentença comentada trabalha especialmente na questão dos direitos constitucionais implícitos e tem projeção praticamente universal.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Direito ao aborto. Invalidação. Precedentes. Devido processo legal.

1. Introducción

1.1. La Corte o Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América expidió el 24 de junio de 2022 una sentencia histórica, en el caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.* (en adelante *Dobbs v. JWHO*)¹.

1.2. Es una decisión singularmente relevante que se transformó no solo en la más trascendente del término 2021 y, hasta el momento, del curso de la llamada Corte Roberts –asumió la Presidencia el 29-IX-2005– sino que, al hacer *overruling* de las sentencias *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, de 22 de enero de 1973², y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, Governor of Pennsylvania* 505 U. S. 833, de 29 de junio de 1992³, afecta notablemente la jurisprudencia del último medio siglo en materia de derecho a la vida y aborto.

A su vez, atento al efecto que a su tiempo produjeron *Roe* y *Casey* en importantes áreas del mundo, es de prever que su impacto pueda ser similar.

1.3. La relevancia del punto central en consideración en este caso –si existe o no el derecho al aborto según la Constitución federal de Estados Unidos–, puede ser una de las explicaciones del acontecimiento sin precedentes (Gerstein, 2022) que produjo la revelación, por una organización noticiosa (“Político”), el 2 de mayo, del “1^{er} borrador” de la opinión mayoritaria de la sentencia, que motivó el comunicado de prensa para difusión inmediata del *Chief Justice*, que reconoció la autenticidad del borrador, mencionó la traición a la confidencialidad con que trabaja el Tribunal Supremo y comunicó haber ordenado el inicio de una investigación sobre el origen de la filtración (Roberts, 2022).

Tan grave cuanto inédita circunstancia explica que se haya realizado un análisis comparativo con el documento final (CNN, 2022) que acredita mínimas diferencias, y fundamentalmente confirma la ubicación de la decisión de este tipo de casos “entre Derecho y Política” (Bachof, 2019).

Por ejemplo, el borrador filtrado –en su prístino significado en idioma español–, llegó a ser citado por el Magistrado Ibáñez Najar, en salvamento de voto en sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, al ser invocado por un *amicus curiae* (C-055-22, § 179)⁴.

1.4. El caso es un *writ of certiorari* del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el 5^o Circuito.

La Ley de edad gestacional de Mississippi establece que “excepto en una emergencia médica, o en el caso de una anomalía fetal severa, una persona no deberá realizar intencionalmente o a sabiendas, o inducir, un aborto de un ser humano por nacer si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano no nacido es mayor de quince (15) semanas”⁵.

1 Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (acceso: 14-X-2022).

2 Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/> (acceso: 14-X-2022).

3 Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/505bv.pdf>, pp. 833-y ss. (acceso: 14-X-2022).

4 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm> (acceso: 14-X-2022).

5 Me corresponden todas las traducciones libres del inglés al español que utilizaré en esta nota.

Jackson Women's Health Organización, una clínica de abortos y uno de sus médicos, impugnó dicha ley ante el Tribunal Federal de Distrito, argumentando que violó los precedentes del Tribunal Supremo que establecen un derecho constitucional al aborto, en particular *Roe* y *Casey*.

El Tribunal de Distrito se pronunció sumariamente a favor de los demandantes *JWHO et al* y ordenó la ejecución de la ley, razonando que la restricción de quince semanas de Mississippi sobre el aborto viola las decisiones del Tribunal Supremo que impiden a los Estados prohibir el aborto antes de la viabilidad fetal. El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito confirmó.

Ante el Tribunal Supremo, los peticionarios defienden la ley sobre la base de que *Roe* y *Casey* se decidieron erróneamente y que la ley es constitucional porque evalúa razonablemente la situación del no nacido.

1.5. El Tribunal Supremo expidió sentencia en votación dividida –a través de 213 páginas–, que cuenta con la opinión mayoritaria, dos votos concurrentes y la opinión disidente suscrita por tres magistrados.

Ordenó, en síntesis: “La Constitución no confiere derecho al aborto; *Roe* y *Casey* son invalidados; y la competencia (*authority*) para regular el aborto se devuelve al Pueblo y sus representantes electos”.

2. La opinión mayoritaria

2.1. El *Associate Justice* Samuel Alito expidió la decisión del Tribunal, acompañado por los jueces Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Barrett. El punto de partida argumental podemos parafrasearlo así:

El aborto genera un problema moral profundo sobre el cual los estadounidenses tienen puntos de vista fuertemente contradictorios. Algunos creen fervientemente que en el momento de la concepción comienza una persona humana y que el aborto acaba con una vida inocente. Otros consideran que cualquier regulación del aborto invade el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo e impide que las mujeres puedan lograr la plena igualdad. Otros todavía piensan que el aborto debe permitirse en alguna pero no en todas las circunstancias, y dentro de este grupo sostienen una variedad de puntos de vista sobre las restricciones particulares que deben imponerse.

2.2. Alito argumenta que durante los primeros ciento ochenta y cinco años posteriores a la aprobación de la Constitución de 1787, se permitió a cada uno de los Estados federados abordar esta cuestión de acuerdo con las opiniones de sus ciudadanos. Pero en 1973, el Tribunal decidió el caso *Roe*. Aunque la Constitución no menciona el aborto, la opinión mayoritaria sostuvo entonces, que confiere un amplio derecho a obtenerlo y sin fundamentarlo debidamente –fuere, entre otras posibilidades, en el Derecho consuetudinario o en la historia–, concluyó expidiendo un conjunto de reglas similares a las que pueden encontrarse en una ley expedida por una legislatura.

Bajo este esquema, cada trimestre del embarazo se reguló de manera diferente, pero la línea más crítica se trazó aproximadamente al final del segundo trimestre, que, en

ese momento, correspondía al punto en el que se pensaba que un feto podía lograr la “viabilidad”, o la aptitud de sobrevivir fuera del útero materno.

Aunque *Roe* reconoció que los Estados tenían un interés legítimo en proteger la “vida potencial”, encontró que este interés no podía justificar restricción alguna al aborto previo a la viabilidad.

En el momento de dicho pronunciamiento, treinta Estados de los Estados Unidos, prohibían el aborto en todas las etapas. En los años anteriores a 1973, alrededor de un tercio de los Estados habían liberalizado sus leyes, pero *Roe* abruptamente puso fin a ese proceso político. Impuso un mismo régimen altamente restrictivo para toda la Nación estadounidense, y efectivamente invalidó las leyes de aborto de todos los Estados. Con ello desató una controversia nacional que ha comprometido la cultura política estadounidense durante medio siglo.

Explican que en *Casey*, el Tribunal pudo revisar y hasta invalidar *Roe*, pero los miembros se dividieron en tres posiciones. Dos jueces no expresaron ningún deseo de cambiar *Roe*. Cuatro querían hacer *overruled* (anular o invalidar) –preferiré la segunda– de la decisión en su totalidad. Y los tres jueces restantes tomaron una tercera posición.

Pero la opinión concluyó, en 1973, que el *stare decisis*, que exige seguir las decisiones previas en la mayoría de los casos, requería el cumplimiento de lo que llamó la “aportación central” de *Roe*, que un Estado no puede proteger constitucionalmente la vida fetal antes de la “viabilidad”, aunque ello fuere erróneo.

Concluye la mayoría que, paradójicamente, la sentencia en *Casey* afectó decisiones importantes sobre el aborto y hasta parcialmente a *Roe*.

Casey descartó el esquema de trimestres de *Roe* y lo sustituyó por una nueva regla de alcance incierto bajo la cual los Estados tienen prohibido adoptar cualquier regulación que imponga una “carga indebida” al derecho de una mujer a tener un aborto. La decisión no brindó una guía clara sobre la diferencia entre una carga “debida” e “indebida”.

En opinión de Alito, los estadounidenses continúan manteniendo puntos de vista apasionados y ampliamente divergentes sobre el aborto, y naturalmente las legislaturas estatales han actuado en consecuencia. Algunos Estados tienen leyes recientes que permiten el aborto, con pocas restricciones, en todas las etapas del embarazo. Otros tienen fuertemente restringido el aborto desde mucho antes de la viabilidad. Concretamente en *Dobbs*, veintiséis Estados han solicitado expresamente al Tribunal que anule *Roe* y *Casey* y permita a los Estados regular o prohibir los abortos antes de la viabilidad.

Con tales bases, la mayoría decide respecto de una de esas leyes estatales, la de Mississippi.

Expresa Alito que los que procuran mantener *Roe* y *Casey*, se basan principalmente en la cláusula del debido proceso de la XIVª Enmienda. Esa disposición se ha sostenido para garantizar algunos derechos que no están mencionados en la Constitución, pero cualquier derecho de este tipo debe estar “profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación” e “implícito en el concepto de libertad ordenada”

Estima la mayoría que el derecho al aborto no cabe dentro de esta categoría, revisando prolijamente la historia, pero sosteniendo fundamentalmente que el derecho al aborto

también es diferente de cualquier otro que el Tribunal ha sostenido que se encuentra dentro de la referida Enmienda.

Los defensores de *Roe* caracterizan el derecho al aborto como similar a los derechos reconocidos en decisiones anteriores que involucran asuntos como la intimidad, relaciones sexuales consentidas, anticoncepción y matrimonio homosexual, pero el aborto es fundamentalmente diferente, como reconocieron tanto *Roe* como *Casey*, porque destruye lo que esas decisiones llamaron “vida fetal” lo que la ley impugnada de Mississippi caracteriza como un “ser humano nonato”.

La doctrina del *stare decisis* sobre la que se basó la opinión mayoritaria en *Casey*, no obliga a la adhesión inmodificable.

El abuso en que incurrió el Tribunal en *Roe* fue notoriamente erróneo desde el principio; el razonamiento fue excepcionalmente débil, y la decisión ha provocado consecuencias perjudiciales. Afirman los *Justices* en mayoría, que lejos de producir un acuerdo nacional sobre los temas involucrados en el aborto, *Roe* y *Casey* han encendido el debate y han profundizado la división.

Concluyen luminosamente, que es hora de ajustarse a la Constitución y devolver el tema del aborto a los representantes electos del pueblo. Es lo que La Constitución y el imperio del Derecho exigen.

2.3 Para fundamentar la ley, la legislatura de Mississippi hizo una serie de determinaciones fácticas. En el momento de expedirla, solo seis países, además de los Estados Unidos, permitían el aborto no terapéutico o electivo a pedido después de la vigésima semana de gestación; verificó que a las cinco o seis semanas de edad gestacional el corazón de un ser humano no nacido comienza a latir; a las ocho semanas el ser humano por nacer comienza a moverse en el útero; a las nueve semanas todas las funciones fisiológicas básicas están presentes; a las diez semanas los órganos vitales comienzan a funcionar y el cabello, las uñas de las manos y de los pies, empiezan a formarse; a las once semanas el diafragma del ser humano por nacer se está desarrollando, y puede moverse libremente en el útero; y a las doce semanas el “ser humano no nacido” ha “asumido la forma humana en todos los aspectos pertinentes”.

Citando la decisión del caso *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 160 (2007)), encontró que la mayoría de los abortos después de las quince semanas emplean “procedimientos de dilatación y evacuación que implican el uso de instrumentos quirúrgicos para aplastar y desgarrar al niño por nacer”, y concluyó que el “compromiso intencional de tales actos con fines no terapéuticos o razones electivas es una práctica bárbara, peligrosa para la paciente y degradante para la profesión médica”.

2.4 Los *Justices* que conformaron la mayoría presentan la pregunta crítica: ¿si la Constitución, bien interpretada, consagra el derecho a obtener un aborto?

Estiman que, saltándose esa pregunta, la mayoría en *Casey* se basó únicamente en la doctrina del *stare decisis*.

Por lo tanto, la mayoría en *Dobbs* aborda esa pregunta en tres claros pasos.

En primer lugar, acudieron el estándar que tienen los casos utilizados para determinar si en la XIV^a. Enmienda la referencia a la “libertad” protege un derecho particular; luego

examinaron si el derecho en cuestión en este caso, tiene sus raíces en la historia y tradición de la Nación estadounidense y si es un componente esencial de lo que el Supremo ha descrito como “libertad ordenada” (*ordered liberty*); finalmente, consideraron si un derecho a obtener un aborto es parte de un derecho arraigado más amplio que está respaldado por otros precedentes.

La respuesta de Alito es clara y terminante: La Constitución no hace referencia expresa a un derecho a abortar, por lo tanto, quienes reclaman que protege tal derecho deben demostrar que el derecho “está implícito en el texto constitucional”.

La mayoría que se pronunció en *Roe*, sostuvo que el derecho al aborto es parte de un derecho a la privacidad, que tampoco se menciona por la Constitución, pero argumentaron que surgiría de no menos de cinco Enmiendas: la I^a, la IV^a, la V^a, la IX^a y la XIV^a.

El Tribunal en *Casey* no defendió ese análisis desenfocado y basó su decisión únicamente en la teoría de que el derecho a obtener un aborto es parte de la “libertad” protegida por el derecho al debido proceso.

La opinión mayoritaria en *Dobbs*, antes de discutir esta teoría en profundidad, descartó una disposición constitucional adicional que algunos de los *amici* de los demandados han ofrecido como otro fundamento posible: la cláusula de igual protección de la XIV^a Enmienda.

Estiman que el “objetivo de prevenir el aborto” no constituye “animo discriminatorio odioso” contra la mujer. Las leyes que regulan o prohíben el aborto se aprecian por el mismo estándar de revisión que otras medidas de salud y seguridad.

Recuerda que, como ya advirtió el Tribunal tiene el deber de emplear el máximo cuidado cada vez que se le solicite abrir nuevos caminos en este campo, para que la libertad protegida por la cláusula del debido proceso no se transforme sutilmente en la imposición de las preferencias políticas de sus miembros.

En ocasiones dice Alito, cuando el Tribunal ha ignorado los “límites apropiados” impuestos por el “respeto de las enseñanzas de la historia”, ha caído en la política judicial despreocupada que caracterizó decisiones desacreditadas como *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905), en materia de esclavitud.

Hasta la última parte del siglo XX, no había apoyo en los Estados Unidos para un derecho constitucional a obtener un aborto. Ninguna disposición constitucional estatal había reconocido tal derecho. Hasta unos años antes de que el pronunciamiento *Roe* fuera expedido, ningún tribunal federal o estatal había reconocido tal derecho.

Tampoco existió ningún autor reconocido que lo sostuviera. Y aunque los casos de revisión de leyes no son reticentes a defender nuevos derechos, el artículo más antiguo que propone un derecho constitucional al aborto fue publicado unos pocos años antes que *Roe*.

Al momento de expedirse la XIV^a Enmienda, tres cuartas partes de los Estados habían tipificado el aborto como delito en cualquier etapa del embarazo, y los demás pronto lo harían. *Roe* ignoró o tergiversó esta historia, y *Casey* se negó a reconsiderar el análisis histórico defectuoso de *Roe*.

Dice Alito: es importante dejar las cosas claras.

Al contrario, los partidarios de *Roe* y *Casey* sostienen que el derecho al aborto es parte integrante de un derecho arraigado más amplio, que en *Roe* se denominó derecho a la privacidad, y en *Casey* se describió como la libertad de tomar “decisiones íntimas y personales” que son “centrales para la dignidad y autonomía personal”.

En *Casey* se afirmó: “En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana”. En ese caso no afirmó que este derecho ampliamente enmarcado fuere absoluto, y tal afirmación no sería plausible.

Bien dice ahora el voto mayoritario: aunque los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que deseen sobre la “existencia”, etc., no siempre son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos. Licencia para actuar sobre la base de tales creencias puede corresponder a una de las muchas interpretaciones de “libertad”, pero ciertamente, eso no es “libertad ordenada”.

La libertad ordenada establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. *Roe* y *Casey* afectaron el equilibrio o balance particular entre los intereses de una mujer que quiere abortar y los intereses de lo que llamaron “vida potencial”.

Agregan los *justices* en mayoría: pero el pueblo de los diversos Estados puede evaluar esos intereses de manera diferente. En algunos Estados, los votantes pueden creer que el derecho al aborto debe ser incluso más extenso que el derecho que reconocieron *Roe* y *Casey*. Los votantes de otros, tal vez, deseen imponer restricciones basadas en su creencia de que el aborto destruye un “ser humano por nacer”.

La comprensión histórica en los Estados Unidos de la libertad ordenada no impide que los representantes electos por el pueblo decidan cómo debe regularse el aborto.

Lo que distingue nítidamente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que se basan *Roe* y *Casey* es algo que ambas decisiones reconocieron: el aborto destruye lo que esas decisiones llaman “vida potencial” y lo que la ley de Mississippi considera como la vida de un “ser humano por nacer”.

La característica más llamativa de la opinión disidente, afirman, es la ausencia de cualquier discusión seria sobre la legitimidad del interés de los Estados en proteger la vida fetal. Esto es evidente en la analogía que trazan entre el derecho al aborto y los derechos reconocidos por sentencias a la anticoncepción en casados y solteros, conducta sexual con persona del mismo sexo y matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal vez, dice la mayoría con sagacidad, esto es diseñado para avivar el temor infundado de que la decisión en *Dobbs* pondrá en peligro esos otros derechos”. El ejercicio de los derechos mencionados por los disidentes no destruye una “vida potencial”, mientras que un aborto sí tiene ese efecto.

En otro orden, la opinión mayoritaria no se basa en ningún punto de vista sobre si y cuándo vida prenatal es titular de alguno de los derechos disfrutados después del nacimiento. La disidencia, por el contrario, impondría al pueblo su teoría particular acerca de cuándo los derechos de la personalidad comienzan.

2.5. Acerca del *stare decisis*, tópico que divide fuertemente a la mayoría y a los disidentes, pero también significa severa discrepancia entre el *Chief Justice* y la decisión del caso, admite que desempeña un papel importante en la jurisprudencia estadounidense,

sirviendo para muchos fines valiosos; protege los intereses de aquellos que han actuado confiando en una decisión anterior; fomenta la toma de decisiones “imparciales” al exigir que casos similares se decidan de manera similar; refrena la arrogancia judicial y hace respetar el juicio de aquellos que han lidiado con importantes preguntas en el pasado.

Destacan que hace tiempo que se reconoce que el *stare decisis* “no es una orden inexorable”, y que “está en su punto más débil cuando interpretamos la Constitución”. Pero cuando se trata de la interpretación de la Constitución, el Tribunal otorga un gran valor a que el asunto se “resuelva correctamente”. Además, cuando una de nuestras decisiones constitucionales se desvía, el país suele quedarse con la mala decisión a menos que corriamos nuestro propio error. Una decisión constitucional errónea puede corregirse modificando la Constitución, pero la Constitución estadounidense es notoriamente difícil de enmendar. Por lo tanto, en circunstancias apropiadas debemos estar dispuestos a reconsiderar y, en su caso, invalidar las decisiones constitucionales.

Algunas de las decisiones constitucionales más importantes de los Estados Unidos han invalidado precedentes anteriores. Mencionan casos paradigmáticos, como *Brown v. Board of Education*, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, *Coppage v. Kansas*, etc.

Dice con ajuste a la realidad Alito que, sin estas decisiones, la Constitución estadounidense sería irreconocible, y los Estados Unidos sería un país diferente.

Ningún juez del Tribunal Supremo ha argumentado jamás que el Tribunal nunca debe invalidar una decisión constitucional, pero invalidar un precedente es un asunto serio; no debe tomarse a la ligera. Los casos del tribunal han intentado proporcionar un marco para decidir cuándo se debe invalidar un precedente y han identificado factores que deben ser considerados para tomar decidir.

2.6. En este caso, cinco factores pesan fuertemente a favor de invalidar a *Roe* y *Casey*: la naturaleza de su error, la calidad de su razonamiento, la “viabilidad” de las reglas que impusieron en el país, su efecto disruptivo en otras áreas de la ley, y la ausencia de confianza concreta.

- a) una interpretación errónea de la Constitución siempre es importante, pero algunas son más dañinas que otras.

Por razones ya explicadas, el análisis constitucional de *Roe* estaba muy por fuera de los límites de cualquier interpretación razonable de las diversas disposiciones constitucionales a las que vagamente invocó.

Más bien, ejerciendo nada más que “*raw judicial power*” –adviértase la severidad del concepto según el uso judicial estadounidense–, el Tribunal usurpó el poder para abordar una cuestión de profunda importancia moral y social que la Constitución deja inequívocamente para el pueblo.

Como explicó posteriormente a *Roe* el juez White, “las decisiones que encuentran en la Constitución principios o valores que no pueden leerse justamente en ese documento usurpan la autoridad del pueblo, porque tales decisiones representan elecciones que el pueblo nunca ha hecho y que no pueden desautorizar mediante legislación correctiva”.

- b) *Roe* encontró que la Constitución implícitamente confería un derecho a obtener un aborto, pero no basó su decisión en el texto, la historia o el precedente. Se basó en

una errónea narrativa histórica; dedicó gran atención y presumiblemente se basó en asuntos que no tienen relación con el significado de la Constitución; hizo caso omiso de la diferencia fundamental entre los precedentes en los que se basó y la cuestión planteada ante el Tribunal; inventó un conjunto elaborado de reglas, con diferentes restricciones para cada trimestre de embarazo.

La pluralidad en *Casey*, reemplazó ese esquema con una prueba arbitraria de “carga indebida” y se basó en una versión excepcional del *stare decisis* que el Tribunal nunca antes había aplicado y nunca ha invocado desde entonces.

- c) Las debilidades del razonamiento en *Roe* son conocidas. El esquema elaborado fue una creación del propio Tribunal. Ninguna de las partes abogó por el marco trimestral; ni cualquiera de las partes o cualquier *amicus* argumentaron que la “viabilidad” debe marcar el punto en el que el alcance del derecho al aborto y la autoridad reguladora de un Estado debe ser sustancialmente transformado.
- d) El efecto disruptivo de este esquema se advierte porque no solo se parece al trabajo de una legislatura, sino que el Tribunal hizo poco esfuerzo para explicar cómo estas reglas podrían deducirse de cualquiera de las fuentes en las que las decisiones constitucionales suelen basarse.
- e) Se verificó falta concreta de confianza en la decisión de *Roe*.

2.7. Finalmente, después de todo esto, el Tribunal recurrió al precedente. Citando una amplia gama de casos, el Tribunal creyó encontrar apoyo en el “derecho a la privacidad personal”, pero combinó dos significados muy diferentes del término: el derecho para proteger la información de la divulgación y el derecho a hacer e implementar decisiones personales importantes sin interferencia gubernamental. Sólo los casos que involucran este segundo sentido del término podría tener alguna relevancia para el tema del aborto. Casos sobre derecho a enviar niños a centros religiosos; algunos de los casos en esa categoría involucraron decisiones personales que obviamente estaban muy lejos, como derecho a que los niños reciban enseñanza del idioma alemán; casos que tenían algo que ver con el matrimonio; derecho a casarse con una persona de una raza diferente, o la procreación, derecho a no ser esterilizado; derecho de las personas casadas a obtener anticonceptivos, igual, para personas solteras. Pero ninguna de estas decisiones involucró lo que es distintivo acerca de aborto: su efecto en lo que *Roe* denominó “vida potencial”.

El esquema que produjo *Roe* parecía legislación, y el Tribunal proporcionó el tipo de explicación que cabría esperar de un órgano legislativo.

2.8. Diferencias científicas sobre la viabilidad siglo XIX: treinta y dos o treinta y tres semanas de embarazo o incluso más; cuando se decidió *Roe*, la viabilidad se calculó en aproximadamente veintiocho semanas; hoy, los encuestados trazan la línea en veintitrés o veinticuatro semanas. Entonces, de acuerdo con la lógica de *Roe*, los Estados ahora tienen un interés apremiante en proteger al feto con una edad gestacional de, digamos, veintiséis semanas, pero en 1973, los Estados no tenía interés en proteger un feto idéntico. Se pregunta la mayoría: ¿Cómo puede ser?

La viabilidad también depende de la “calidad de los recursos disponibles”. ¿puede ser que un feto que es viable en una gran ciudad en los Estados Unidos tiene un estatus

moral privilegiado no disfrutado por un feto idéntico en un área remota de un pobre de otro Estado de los EEUU?

La línea de viabilidad, que *Casey* denominó regla central de *Roe*, no tiene sentido, y es revelador que otros países casi evitan uniformemente tal línea.

Por lo tanto, el Tribunal afirmó *raw* poder judicial para imponer, como una cuestión de derecho constitucional, una regla de viabilidad uniforme que permitía a los Estados menos libertad para regular el aborto que la mayoría de los Estados democráticos occidentales.

Cuando *Casey* consideró a *Roe* casi 20 años después, conservó muy poco del razonamiento. La mayoría abandonó cualquier confianza en un derecho de privacidad y en su lugar basó el derecho al aborto enteramente en la XIV^a Enmienda.

Casey también implementó una versión novedosa de la doctrina del *stare decisis*.

2.9. Los precedentes del Tribunal aconsejan que otra consideración importante al decidir si un precedente debe invalidarse es si la regla que impone es viable, es decir, si puede entenderse y aplicarse de una manera consistente y predecible (*workability*). Los problemas comienzan con el concepto mismo de “carga indebida”.

La pluralidad de *Casey* trató de dar sentido a la prueba de la carga indebida, al establecer tres reglas subsidiarias, pero estas reglas crearon sus propios problemas.

La primera: “una disposición de la ley es inválida, si su propósito o efecto es colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad”.

La segunda: las medidas destinadas a “asegurar que la elección de la mujer sea informada” son constitucionales siempre y cuando no imponen “una carga indebida al derecho”.

La tercera: complica aún más el panorama. Se impone una carga indebida si hay innecesarias normas sanitarias que tengan el propósito o efecto de presentar un obstáculo sustancial a una mujer que busca un aborto.

Las reglas subsidiarias presentan, pues, ambigüedades y generaron dificultades prácticas en el Tribunal Supremo y en otros tribunales.

2.10 Efecto sobre otras áreas del derecho. *Roe* y *Casey* han llevado a la distorsión de muchas doctrinas legales importantes, y ese efecto proporciona mayor apoyo para invalidarlas.

Por ejemplo, la mayoría sostiene que, entre otras: han hecho caso omiso de los principios estándar de *res judicata*; han afectado la regla de que las leyes deben interpretarse, siempre que sea posible, para evitar concluir en la inconstitucionalidad; han distorsionado las doctrinas de la I^a Enmienda, etc.

Consideran que invalidar *Roe* y *Casey* no compromete los llamados “intereses de confianza”

2.11 Es punto central en la opinión mayoritaria, que el tema es devuelto al debate y decisión política democrática.

2.12. Precisan que nada en esta opinión debe entenderse para poner en duda precedentes que no conciernen al aborto.

2.13. El pueblo estadounidense vería afectada su creencia en el imperio del Derecho si perdiera el respeto a este Tribunal como institución que decide casos importantes basado “en principios”, no en “presiones sociales y políticas”.

Dicen: No podemos permitir que nuestras decisiones se vean afectadas por influencias externas tales como preocupación por la reacción del público a nuestro trabajo. Eso es cierto tanto cuando inicialmente decidimos una cuestión constitucional como cuando consideramos si invalidar una decisión previa.

La pluralidad de *Casey* “llamó a las partes contendientes de una controversia nacional a poner fin a su división nacional”, y reclamó la autoridad para imponer un asentamiento permanente del tema del derecho constitucional al aborto simplemente diciendo que el asunto estaba cerrado.

Consideran que ese reclamo sin precedentes excedía el poder que les otorga la Constitución, por lo que afirman: el tribunal no puede lograr la resolución permanente de una ardorosa controversia nacional simplemente dictando un acuerdo y diciéndole a la gente que siga adelante.

Dice la mayoría que no pretende saber cómo reaccionará el sistema político o cómo responderá la sociedad a la decisión de hoy que invalida *Roe* y *Casey*. E incluso si pudiéramos prever lo que sucederá, no tendría autoridad para permitir que ese conocimiento influya en nuestra decisión. Sólo podemos hacer nuestro trabajo, que es interpretar y aplicar los principios de larga data del *stare decisis* y decidir este caso en consecuencia.

2.14. Analizando la opinión concurrente de Roberts en la sentencia, argumentan y acreditan que incurre en serios problemas con su enfoque y puntualmente la desestiman.

2.15. Finalmente, se pronuncian sobre qué estándar rige la impugnación de la ley de Mississippi.

Según los precedentes del Tribunal, la revisión de base racional es el estándar apropiado. De ello se sigue que los Estados pueden regular el aborto por causas legítimas, y cuando dichas normas sean impugnadas, según la Constitución, los tribunales no pueden “sustituir el juicio de los órganos legislativos por sus creencias sociales y económicas”.

En el caso, los intereses legítimos justifican la ley de edad gestacional de Mississippi, de “proteger la vida de los no nacidos”. Por lo que la cuestión de inconstitucionalidad promovida debe desestimarse.

3. Voto concurrente del juez Thomas

3.1. Se une a la opinión del Tribunal porque sostiene correctamente que no existe el derecho constitucional al aborto, adhiriendo a la fundamentación de la mayoría respecto de la XIV^a. Enmienda.

3.2. Escribe por separado para enfatizar una segunda razón fundamental por la cual no existe una garantía de aborto al acecho en la cláusula del debido proceso.

El “debido proceso sustantivo” es un oxímoron que “carece de toda base en la Constitución”

Debido a que la cláusula del debido proceso no asegura ningún derecho sustantivo, no asegura un derecho al aborto.

El Tribunal hoy se niega a perturbar la jurisprudencia sustantiva del debido proceso en general o la aplicación de la doctrina en otros contextos específicos. Casos como los ya mencionados *Griswold v. Connecticut*, *Lawrence v. Texas*, y *Obergefell v. Hodges*, no están en cuestión, ninguna de las partes nos pidió que decidiéramos.

En casos futuros, podríamos reconsiderar todos los precedentes sustantivos del debido proceso de este Tribunal, incluidos esos. Debido a que cualquier decisión sustantiva del debido proceso es “demostrablemente errónea”. tenemos el deber de “corregir el error” establecido en dichos precedentes, Después de anular estas decisiones demostrablemente erróneas, la pregunta seguiría siendo si otras disposiciones constitucionales garantizan la miríada de derechos que han generado nuestros casos sustantivos de debido proceso. Por ejemplo, podríamos considerar si alguno de los derechos anunciados en el debido proceso sustantivo de este Tribunal, son “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos” protegidos por la XIV^a Enmienda.

Considera Thomas que para responder a ello, tendríamos que decidir cuestiones antecedentes importantes, incluso si la cláusula de privilegios o inmunidades protege cualquier derecho que no sea enumerado en la Constitución y, de ser así, cómo identificar esos derechos. Dicho esto, incluso si la Cláusula protege derechos no enumerados, el Tribunal concluye demostrando que el aborto no es uno de ellos bajo ningún enfoque interpretativo plausible.

Afirma terminantemente: la “ficción jurídica” del debido proceso sustantivo es “particularmente peligrosa”.

Al menos tres peligros ayudan a desechar la doctrina por completo.

Primero: “el debido proceso sustantivo exalta a los jueces a expensas del Pueblo del que derivan su autoridad”. El Tribunal ha luchado durante mucho tiempo para definir qué derechos sustantivos protege”. El enfoque para identificar esos derechos “fundamentales” “indiscutiblemente implica la formulación de políticas en lugar de un análisis jurídico neutral”

El Tribunal adivina nuevos derechos, en línea con “sus propias preferencias de valor extraconstitucional” y anula las leyes estatales que no se alinean con las garantías creadas judicialmente.

Segundo: el debido proceso sustantivo distorsiona otras áreas. Por ejemplo, una vez que este Tribunal identifica un derecho “fundamental” para una clase de individuos, invoca la cláusula de igual protección para exigir un escrutinio riguroso de estatutos que niegan el derecho a otros. En tanto las que implican ciertos derechos “no fundamentales” reciben solo una revisión superficial.

Considera Thomas que el debido proceso sustantivo es la inspiración central para muchos de los juicios de política constitucionalmente realizados por el Tribunal.

Tercero, el debido proceso sustantivo a menudo se ejerce con “fines desastrosos” (por ej.: esclavos).

Concluye Thomas: hoy, el Tribunal invalida acertadamente *Roe* y *Casey*, dos de las decisiones sustantivas de debido proceso “más notoriamente incorrectas” de este Tribunal. El daño causado por las incursiones de este Tribunal en el debido proceso sigue siendo inconmensurable.

Debido a que la mayoría del Tribunal aplica correctamente nuestros precedentes del proceso para rechazar la fabricación de un derecho constitucional al aborto, y debido a que este caso no presenta la oportunidad de rechazar completamente el debido proceso sustantivo, me sumo a su opinión. Pero, en casos futuros, debe “regir el texto de la Constitución, que establece ciertos derechos sustantivos que no pueden ser arrebatados, y añade, además, un derecho al debido proceso cuando la vida, la libertad, la o la propiedad ha de ser quitada”.

En consecuencia, debemos eliminar las extensiones del debido proceso sustantivo de nuestra jurisprudencia, en la primera oportunidad disponible.

4. Voto concurrente del juez Kavanaugh

4.1. Sostiene que opina por separado para explicar sus puntos de vista adicionales sobre por qué *Roe* se decidió incorrectamente, por qué debe ser anulado en este momento, y las implicaciones futuras de la decisión de hoy.

La cuestión ante este Tribunal, afirma, no es la política o moralidad del aborto. La cuestión ante este Tribunal es qué dice la Constitución sobre el aborto. La Constitución no toma partido en el tema del aborto. el texto de la Constitución no se refiere ni abarca el aborto.

Estima que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y la tradición de los Estados Unidos, como la mayoría hoy explica.

La Constitución no es, por lo tanto, ni provida ni proabortista. La Constitución es neutral. y deja el tema para que el pueblo y sus representantes electos lo resuelvan en los Estados o en el Congreso, como las numerosas otras cuestiones difíciles de la política social y económica estadounidense que la Constitución no aborda.

Debido a que la Constitución es neutral en el tema del aborto, este Tribunal también debe ser escrupulosamente neutral. Los nueve miembros no electos de este Tribunal no poseen la autoridad constitucional para anular el proceso democrático y decretar una política pro-vida o pro-elección del aborto para los 330 millones de personas en los Estados Unidos.

4.2. La decisión del Tribunal de hoy no prohíbe el aborto por ley en todo Estados Unidos. Por el contrario, la decisión del Tribunal deja propiamente la cuestión de aborto para el pueblo y sus representantes electos en el proceso democrático. A través de ese proceso democrático, el pueblo y sus representantes pueden decidir permitir o limitar el aborto. Como afirmó el juez Scalia, los “Estados pueden, si desean, permitir el aborto a pedido, pero la Constitución no les obliga a hacerlo”.

4.3. Sentado lo precedente, Kavanaugh ingresa a “la pregunta más difícil” en este caso: si corresponde anular la decisión de *Roe*.

El principio de *stare decisis* requiere respeto por los precedentes del Tribunal y por la sabiduría acumulada de jueces que hayan abordado previamente el mismo tema.

El *stare decisis* tiene sus raíces en el Artículo III de la Constitución y es fundamental para el sistema judicial y para la estabilidad del Derecho estadounidense.

La adhesión al precedente es la norma, y *stare decisis* impone un listón alto antes de que este Tribunal pueda invalidar un precedente. La historia del Tribunal muestra, sin embargo, que *stare decisis* no es absoluto, y de hecho no puede ser absoluto.

¿Cuándo exactamente debería el Tribunal anular un precedente constitucional erróneo? La historia del *stare decisis* en el Tribunal establece que puede invalidarse únicamente cuando (i) la decisión anterior no solo es incorrecta, sino que es flagrantemente incorrecta, (ii) la decisión anterior ha causado significativas consecuencias negativas en el plano jurisprudencial o del mundo real, y (iii) si anular la decisión anterior no altera indebidamente los intereses legítimos de confianza.

Todo eso explica por qué decenas de millones de estadounidenses –lo acreditan los veintiséis Estados que solicitan explícitamente al Tribunal anular *Roe*–, no lo aceptan, ni siquiera cuarenta y nueve años después.

Pero el análisis de *stare decisis* aquí es algo más complicado debido a *Casey*, en que se hizo un esfuerzo, bien intencionado, pero no resolvió el debate sobre el aborto y la división nacional no terminó. La experiencia de los últimos treinta años entra en conflicto con el juicio predictivo de *Casey* y, por lo tanto, socava su fuerza como precedente.

4.4. Los argumentos de las partes han suscitado otras cuestiones relacionadas, y pasa a ocuparse de algunas de ellas.

En primer lugar: la cuestión de cómo esta decisión afectará a otros precedentes relacionados con cuestiones como la anticoncepción y el matrimonio. Lo que El Tribunal declara hoy es invalidar *Roe*. Ello no significa anular la decisión de esos precedentes, y no amenaza ni arroja dudas de esos precedentes.

En segundo lugar: en opinión de Kavanaugh, algunas de las otras cuestiones legales relacionadas con el aborto planteadas por la decisión de hoy no son especialmente difíciles como cuestiones constitucionales. Por ejemplo, ¿puede un Estado prohibir a una residente de ese Estado viajar a otro Estado para obtener un aborto? En su opinión, la respuesta es no, basado en el derecho constitucional a los viajes interestatales. ¿Puede un Estado imponer retroactivamente la responsabilidad o el castigo por un aborto que ocurrió antes de que la decisión de hoy entre en vigor? En su opinión, la respuesta es no basada en las cláusulas de debido proceso y *ex post facto*.

Otras cuestiones legales relacionadas con el aborto pueden surgir en el futuro. Pero este tribunal ya no decidirá la cuestión fundamental de si se debe permitir el aborto en todo Estados Unidos hasta las seis semanas, o alguna otra línea. El Tribunal ya no decidirá cómo balancear los intereses de la mujer embarazada con los de proteger la vida fetal a través del embarazo.

4.5. El Tribunal de *Roe* tomó partido sobre una consecuencia moral y cuestión de política de la que este Tribunal no tenía competencia constitucional para decidir. Al

tomar partido, distorsionó la comprensión de la Nación sobre el papel adecuado de este Tribunal en el sistema constitucional estadounidense y, por lo tanto, perjudicó al Tribunal. como institución. Como explicó el juez Scalia, “destruyó los compromisos del pasado, hizo compromisos imposibles para el futuro, y requirió que todo el problema se resolviera de manera uniforme, a nivel nacional.”

5. Voto concurrente del juez presidente John Roberts

5.1. Es generalmente considerado como integrante del grupo calificado como conservador (con Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett) por contraposición a los progresistas, en este caso, los disidentes (Breyer, Sotomayor y Kagan). Sin embargo, en esta sentencia expide una opinión concurrente que desarrolla diversas objeciones respecto de la argumentación mayoritaria, que compromete, por lo dicho, una materia particularmente sensible y recibió puntual y precisa respuesta.

5.2. Propone como pregunta central: “Si son inconstitucionales todas las prohibiciones de los abortos voluntarios previos a la línea de viabilidad”.

Afirma Roberts que Mississippi considera que un fallo a su favor no requiere anular *Roe* o *Casey*. La afirmación es controvertida por la mayoría.

Expresa que él tomaría un camino “más medido”. Dice Roberts: “Estoy de acuerdo con el Tribunal que la línea de viabilidad establecida por *Roe* y *Casey* debe descartarse bajo un análisis de *stare decisis*”. Esa línea nunca tuvo ningún sentido. Nuestros precedentes sobre el aborto describen el derecho en cuestión como un derecho de la mujer. Derecho a optar por interrumpir su embarazo. Ese derecho, por lo tanto, debe extenderse lo suficiente para garantizar “una oportunidad de elegir”, pero no necesita extenderse más, ciertamente no todo el lapso hasta la viabilidad. La ley impugnada de Mississippi permite a una mujer tres meses para obtener un aborto, mucho más allá del punto en el que se considera “tarde” para comprobar el embarazo y hacerse un aborto.

La mayoría argumentó sobre la imprecisión del criterio.

Pero eso es todo lo que diría, por adhesión a un simple principio fundamental de la moderación judicial: si no es necesario decidir más para resolver un caso, entonces es necesario no decidir más.

5.3. Manifiesta su acuerdo con la mayoría sobre la única cuestión que tenemos que decidir aquí: si mantener la regla de *Roe* y *Casey* que el derecho de una mujer a terminar su embarazo se prolonga hasta el punto de que el feto se considera “viable” fuera del útero. Comparte que esta regla debe descartarse.

Define la línea de viabilidad como “una reliquia” de una época en la que reconocíamos solo dos intereses estatales que justificaban la regulación del aborto: salud materna y protección de la “vida potencial”. Eso cambió con *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 124 (2007). Allí reconocimos una gama más amplia de intereses, como precisar “una línea clara que distinga claramente el aborto y el infanticidio”, manteniendo la ética social y preservando la integridad de la profesión médica. La línea de viabilidad no tiene nada que ver con el avance de los objetivos permisibles.

Considérese, por ejemplo, los estatutos aprobados en varias jurisdicciones que prohíben los abortos después de las veinte semanas de embarazo, basados en la teoría de que un feto puede sentir dolor en esa etapa de desarrollo. Asumiendo que la prevención del dolor fetal es un interés estatal legítimo después de *Gonzales*, no parece haber razón por la cual la viabilidad sería relevante para la permisibilidad de tales leyes. Lo mismo se aplica a las leyes diseñadas para “proteger la integridad y la ética de la profesión médica” y restringir los procedimientos que puedan “empañar a la sociedad” a la “dignidad de la vida humana”.

5.4. Sin embargo, nada de esto requiere que también demos el paso dramático de eliminar por completo el aborto desde el principio reconocido en *Roe*.

Nuestra práctica establecida es, en cambio, no “formular una regla de derecho constitucional” más amplia de lo que exigen los hechos precisos a los que se refiere o se va a aplicar.”

Siguiendo ese “principio fundamental de *self* restraint (auto restricción judicial)”, debe comenzar con la base más estrecha para la disposición, procediendo a considerar una más amplia solamente si es necesaria para resolver el caso en cuestión. Es solo donde no hay un fundamento de decisión válido más limitado que debe pasar a abordar un tema más amplio, como si una decisión constitucional debe ser revocada.

Aquí, hay un camino claro para decidir este caso correctamente, sin desautorizar a *Roe* hasta los cimientos: reconocer que la línea de viabilidad debe descartarse, como hace bien la mayoría, y dejar para otro momento rechazar cualquier derecho al aborto.

Sostiene que *Roe* “no declaró un derecho constitucional incondicional al aborto”, sino que protegió “a la mujer de interferencias indebidamente gravosas” con su libertad de decidir si interrumpir su embarazo”.

La anulación de la regla subsidiaria es suficiente para resolver este caso a favor de Mississippi. La ley en cuestión permite abortos hasta por quince semanas, brindando una oportunidad adecuada para ejercer el derecho que *Roe* protege.

5.5. Si un precedente debe ser anulado es una cuestión “totalmente a discreción del Tribunal”. (*stare decisis* es un “principio de política”). En su opinión, el ejercicio sensato de esa discrecionalidad debería haber llevado al Tribunal a resolver el caso sobre la base de motivos más limitados establecidos anteriormente, en lugar de anular *Roe* y *Casey* por completo.

La decisión del Tribunal de invalidar *Roe* y *Casey* es una seria sacudida para el sistema legal, independientemente de cómo se vean esos casos

6. La opinión disidente

6.1. Los jueces Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan disienten

Consideran que, durante medio siglo, *Roe* y *Casey*, han protegido la libertad e igualdad de las mujeres. *Roe* sostuvo, y *Casey* reafirmó, que la Constitución salvaguarda el derecho de la mujer a decidir por sí misma si tener un hijo; igualmente que, en las primeras etapas del embarazo, el gobierno no puede tomar esa decisión por las mujeres. El gobierno no

puede controlar el cuerpo de una mujer o el curso de la vida de una mujer, ni puede determinar cuál sería el futuro de la mujer. Respetando a la mujer como un ser autónomo, y otorgándole su plena igualdad, significaba darle opciones sustanciales sobre esta persona y la más importante de todas las decisiones de la vida.

Consideran que ambas sentencias entendieron bien la dificultad y la pluralidad de opiniones en el tema. Lograron un equilibrio o balance, como a menudo lo hace cuando los valores y las metas compiten. Sostuvo que el Estado podría prohibir los abortos después de la viabilidad fetal, con excepciones para salvaguardar la vida de una mujer o su salud. Sostuvo que incluso antes de la viabilidad, el Estado podría regular el procedimiento de aborto de múltiples y significativas maneras. Pero hasta que se cruce la línea de viabilidad, el Tribunal sostuvo que un Estado no podría imponer un “obstáculo sustancial” al “derecho de la mujer a elegir el procedimiento” que ella (no el gobierno) creyera adecuado, a la luz de todas las circunstancias y complejidades de su propia vida.

Hoy, la mayoría del Tribunal descarta ese balance.

Los *justices* disidentes ponen en práctica su imaginación, con reiteradas notas de dramatismo, pero sin consideración de la vida del niño por nacer.

Dicen que, desde el mismo momento de la concepción, una mujer no tiene derecho a abortar. Un Estado puede obligarla a llevar a término un embarazo, incluso a los costos personales y familiares más elevados. Una restricción al aborto, sostiene la mayoría, es permisible siempre que sea racional, es decir, el nivel más bajo de escrutinio conocido. Y porque, como ha dicho muchas veces el Tribunal, proteger la vida fetal es racional, los Estados se sentirán libres de promulgar todo tipo de restricciones. La ley en cuestión de Mississippi prohíbe los abortos después de la semana quince de embarazo. Sin embargo, según la opinión de la mayoría, la ley de otro Estado podría hacerlo después de diez semanas, ... o ... desde el momento de la concepción. Los Estados ya han aprobado leyes de este tipo, anticipándose al fallo de hoy. Seguirán más. Algunos Estados han promulgado leyes que se extienden a todas las formas o procedimientos de aborto, incluida la toma de medicamentos en el propio hogar. En los casos de violación o incesto, una mujer tendrá que dar a luz al hijo de su violador o a una niña pequeña de su padre, sin importar si al hacerlo destruirá su vida. Así también, después del fallo de hoy, algunos Estados pueden obligar a las mujeres a llevar a término un feto con graves anomalías físicas, por ejemplo, uno afectado por la enfermedad de Tay-Sachs, que seguramente morirá a los pocos años de nacer. Los Estados pueden incluso argumentar que la prohibición del aborto no necesita prever la protección de la mujer del riesgo de muerte o daño físico. a través de una amplia gama de circunstancias, un Estado podrá imponer su elección moral sobre una mujer y obligarla a dar a luz un niño.

Continúan considerando que la aplicación de todas estas restricciones draconianas también queda en gran medida sujetas a los dispositivos de los Estados. Por supuesto, un Estado puede imponer sanciones penales a los proveedores de servicios de aborto, incluidas largas penas de prisión. Pero algunos Estados no se detendrán allá. Tal vez, a raíz de la decisión de hoy, una ley estatal criminalizará también la conducta de la mujer, encarcelarla o multarla por atreverse a buscar u obtener un aborto.

La mayoría trata de ocultar la expansión geográfica de los efectos de su sentencia. Dicen los disidentes que la decisión de hoy permite que “cada Estado” aborde el aborto como le plazca.

Eso es un frío consuelo, por supuesto, para la pobre mujer. que no puede conseguir el dinero para volar a un Estado lejano para un trámite. Sobre todo, las mujeres que carecen de recursos económicos sufrirán la decisión de hoy. En cualquier caso, las restricciones interestatales también estarán a la vista. Después de esta decisión, algunos Estados pueden impedir que las mujeres viajen fuera del Estado para obtener abortos, o incluso de recibir medicamentos abortivos de fuera del Estado. Algunos pueden criminalizar esfuerzos, incluida la provisión de información o financiación, para ayudar a las mujeres a obtener acceso a los servicios de aborto de otros Estados.

Lo más amenazante de todo es que nada en la decisión de hoy. evita que el gobierno federal prohíba los abortos a nivel nacional, una vez más desde el momento de la concepción y sin excepciones por violación o incesto. Si eso sucede, el punto de vista de los ciudadanos de un Estado individual no importará.

El desafío para una mujer será financiar un viaje no a “Nueva York o California” sino a Toronto.

Continúan: cualquiera que sea el alcance exacto de las futuras leyes, el resultado de la decisión de hoy es cierto: la reducción de los derechos de las mujeres y de su condición de ciudadanos libres e iguales. Ayer, la Constitución garantizó que una mujer que se enfrenta a un embarazo no planeado podría (dentro de límites razonables) tomar su propia decisión sobre si cursar un embarazo o no, con todas las consecuencias transformadoras de la vida que ello implica. Y al salvaguardar así la libertad reproductiva de cada mujer, la Constitución también protegía “la capacidad de las mujeres a participar equitativamente en la economía y la vida social.” Pero ya no. Por lo que hoy sostiene el Tribunal, un Estado siempre puede obligar a una mujer dar a luz, prohibiendo incluso los abortos tempranos. El Estado puede así transformar lo que, cuando se emprende libremente, es una maravilla en lo que, cuando es forzado, puede ser una pesadilla.

Algunas mujeres, especialmente aquellas con disponibilidad de recursos, encontrarán maneras en torno a evadir el poder del Estado. Otras –aquellas sin dinero o con niños a su cuidado o sin la posibilidad de tomarse un tiempo libre de trabajo, no serán tan afortunadas. Tal vez prueben un método de aborto inseguro y sufran daños físicos, o incluso la muerte. Tal vez se sometan a un embarazo y tengan un hijo, pero a un costo personal o familiar significativo. por lo menos, incurrirán en el costo de perder el control de sus vidas.

La Constitución, por lo que sostiene la mayoría de hoy, no proporcionará ningún escudo, a pesar de las garantías de libertad e igualdad para todos.

6.2. Y nadie debe estar seguro de lo que esta mayoría pueda hacer. El derecho que *Roe* y *Casey* reconocieron no es único. Por el contrario, el Tribunal lo ha vinculado por décadas a otras libertades establecidas que implican la integridad corporal, relaciones familiares y procreación. Lo más obvio, el derecho a interrumpir un embarazo surgió directamente del derecho a comprar y usar métodos anticonceptivos. (traen a colación los pluricitados casos *Griswold*, *Eisenstadt*, *Lawrence* y *Obergefell*). Todos son parte del mismo tejido (fábrica) constitucional, protegiendo la toma de decisiones autónoma sobre la más personal de las decisiones de la vida. Sin embargo, la mayoría afirma que no “pone en duda los precedentes que no conciernen al aborto”.

Stare decisis es la expresión latina para una piedra fundamental del *rule of law*: que las cosas decididas deben permanecer así decididas a menos que haya una muy buena razón para el cambio. Es una doctrina de modestia y humildad judicial.

Esas cualidades no son evidentes en la opinión de hoy.

Casey es un precedente sobre precedente. Revisó los mismos argumentos presentados aquí para respaldar la anulación de *Roe* y descubrió que hacerlo no correspondía. El Tribunal cambia de rumbo hoy por una razón y por una sola razón: porque la composición de este Tribunal ha cambiado. *Stare decisis*, ha dicho el Tribunal a menudo, “contribuye a la integridad real y percibida del sistema judicial” asegurando que las decisiones estén “fundadas en la ley más que en las inclinaciones de los individuos”.

7. Las consecuencias en los Estados Unidos y en otros estados

7.1. En los Estados Unidos, el efecto político interno fue inmediato y coincidió con lo esperable. El Gobierno del presidente Joe Biden y los legisladores del Partido Demócrata, así como sus Gobernadores, se alinearon, en general, con la opinión disidente suscrita por los tres jueces considerados progresistas.

Los legisladores del Partido Republicano y Gobernadores pertenecientes al mismo, hicieron lo propio con la opinión de la mayoría, acordada por cinco de los seis jueces llamados conservadores.

Si se expidiera una ley sobre aborto por el Congreso de los Estados Unidos, deberá verificarse su constitucionalidad de acuerdo con los estándares que surgen de *Dobbs*, que es de prever, no cambiarán, en tanto no se modifique sustancialmente la integración del Tribunal Supremo.

7.2 También en la federación estadounidense, pero en el ámbito de los Estados miembros, la sentencia expedida en *Dobbs* impactó de inmediato. Así se advirtió en el referéndum realizado en el Estado de Kansas el 2.VIII-2022, sobre si ¿Debería enmendarse la Constitución de Kansas removiendo el derecho al aborto? (el NO obtuvo el 58,8%).

Y naturalmente se trasladó a los debates sobre iniciativas de enmiendas constitucionales o legales y referéndums que se celebrarán en noviembre de 2022, coincidentemente con las elecciones de medio término, en Estados como Kentucky, Vermont, Michigan, Montana y California.

7.3. El Parlamento Europeo, enmarcado en una curiosa internacionalización, aprobó una decisión el 7-VII-2022, por 425 votos a favor y 122 votos en contra, sobre la sentencia del caso *Dobbs* de invalidar *Roe* y *Casey* y la “necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión”.

7.4. En Francia, al estar la problemática del aborto regulada por ley ordinaria de 1975 y modificativas y alcanzada por las decisiones del Consejo Constitucional de 15-I-1975⁶ (que se fundó en el principio de libertad, reconocido por el artículo 2 de la

6 Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm> (acceso 14-X-2022).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), y de 27-VI-2001⁷ (que invocó, además, la libertad de conciencia) , se presentó de inmediato un proyecto de ley constitucional, seguido de enmiendas, que incorporaría como artículo 66-2, el siguiente texto: “Nadie puede vulnerar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y la anticoncepción. La ley garantiza a toda persona que lo solicite el libre y efectivo acceso a estos derechos”⁸. Ello ha generado interesante debate doctrinal: por ejemplo: ¿no hay límite temporal alguno?

Se espera, para noviembre de 2022, que se produzca un primer pronunciamiento de la Asamblea Nacional, dentro del muy complejo procedimiento aplicable para reformar la Constitución de la Vª República.

7.5. En lo que atañe a Uruguay, es obvio que debemos advertir las diferencias entre las respectivas estructuras del Estado: federal y unitario. También las relativas a la inexistencia en el sistema jurídico de Uruguay de *stare decisis*, al ser un instituto muy diferente el previsto por la ley 15.982, art. 519, inc. 2.2.

Pero la sentencia tendrá relevancia, al igual que en todo el universo de los Estados democráticos, en los debates político y jurídico sobre interpretación del orden constitucional uruguayo en materia de aborto, posibilitando coadyuvar con algunas opiniones (Esteva, 2012, 87; 2014, 55).

8. Conclusiones

8.1. La principal aportación del voto mayoritario en *Dobbs* es la defensa del derecho a la vida del ser humano desde la concepción –y a través de todo el tiempo de la gestación–, procurando superar el inadecuado concepto difundido por *Roe* durante medio siglo de “vida potencial”.

8.2. Es significativo que el concepto a que llegó la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo tiende a coincidir con el que resulta literalmente del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

8.3. La fundamentación que formuló Samuel Alito –que acompañaron Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett– procura mantener al Tribunal Supremo y, por ende, a todos los órganos del Poder Judicial de los Estados Unidos de América, en el ámbito de su competencia constitucional, sin incurrir en abusos o invasiones de las asignadas al Poder Legislativo –tanto federal como de los Estados– y fundamentalmente del Poder Constituyente. Y lo hace con la necesaria firmeza: en *Roe* se incurrió en “*raw judicial power*”, lo que es singularmente trascendente a la luz de las concepciones en boga en el marco del “activismo judicial” estadounidense y, en otras latitudes, del neoconstitucionalismo ideológico.

7 Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001446DC.htm> (acceso 14-X-2022).

8 Véase, uno de los proyectos, disponible en: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/116b0293_proposition-loi (acceso: 14-X-2022).

8.4 Otra aportación que considero singularmente relevante es la diferenciación entre los derechos implícitos que es dable reconocer a partir de la XIVª Enmienda y otras posibilidades del texto constitucional. Poner en claro cómo debe procederse es decisivo para tratar de evitar que, como sucedió en el último medio siglo en los Estados Unidos, en base a un derecho reconocido por la mayoría en *Roe*, generó, según surge de la sentencia, la práctica de 63.000.000 de abortos (datos en la opinión concurrente de Thomas).

8.5 Como siempre sucede, recordando eminentes jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, todo reposa en la metodología utilizada para la interpretación constitucional y en el empleo del *balancing test*.

8.6 Es fundamental, en esta sentencia, con máximo interés para el ámbito del Derecho estadounidense, la revisión del alcance del *stare decisis* y su afectación por el *overruling*, no solamente en los casos *Roe* y *Casey*, sino con alcance general.

Referencias bibliográficas:

Bachof, O. (2019). *Jueces y Constitución / Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política*, Ediciones Jurídicas Olejnik.

CNN, John Keefe, Shania Shelton, Kaanita Iyer, JiMin Lee, Ariella Phillips, Kenneth Uzquiano and Christopher Hickey, 27 de junio de 2022, disponible en: <https://edition.cnn.com/interactive/2022/06/us/supreme-court-abortion-dobbs-decision-changes/> (acceso: 14-X-2022).

Esteva, E. G. (2012). El orden constitucional uruguayo, en *Veto al aborto / Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Universidad de Montevideo.

(2014). Aspectos jurídicos, en França Tarragó (Coord.), *El aborto y la protección de toda vida*, Universidad Católica del Uruguay.

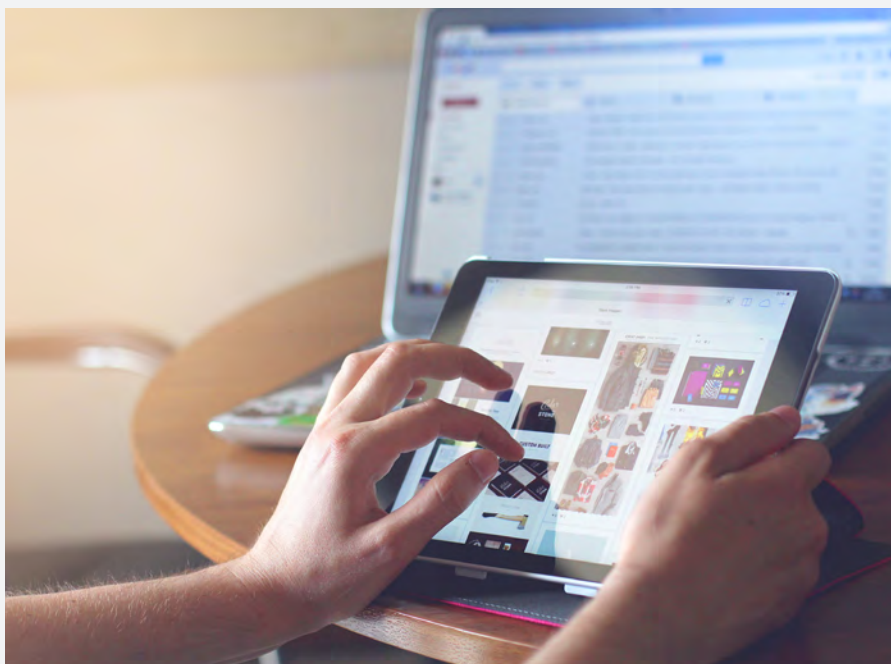
Gerstein, J. (2022). *How rare is a Supreme Court breach? Very rare*, 2 de mayo de 2022, en *Político*, <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-draft-opinion-00029475> (acceso 14-X-2022).

POLITICO, Read Justice Alito's initial draft abortion opinion which would overturn *Roe v. Wade* / Read the full 98-page initial draft majority opinion, disponible en: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504> (acceso 14-X-2022).

Roberts, J. (2022): *Statement*, disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22 (acceso 14-X-2022).

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

UM presente en el programa de liderazgo In Altum

Cinco alumnos y dos docentes de la UM se capacitaron en USA



El alumno de 4to año de la Licenciatura en Economía de la UM, Gonzalo Avellanal, fue seleccionado junto a los estudiantes de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Ricardo Devita y Delfina Collazo; el alumno de la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía (FCEE) de la UM, Joaquín Pereira Machado, y el alumno, Cr. Joaquín Peirano; la alumna de la Facultad de Humanidades y Educación (FHUMyE) de la UM, Francesca Puppi; la asistente académica de FDER, Mag. Sofía Maruri, y la coordinadora del área de Corporativa, Publicidad y Marketing de la Facultad de Comunicación (FCOM) de la UM, Mag. Sofía Montero, para participar de In Altum, un programa que forma líderes internacionales para ser fuentes impactantes de cambio en su campo profesional. El curso consistió en una experiencia de seis días en Washington D.C. para todos los participantes admitidos.

Según su sitio web, el programa busca fomentar la discusión pública constructiva en torno a los problemas contemporáneos que involucran la política, la economía y el pensamiento social. Además, promueve el desarrollo potencial de liderazgo a través de talleres de redacción de currículums, capacitación en entrevistas y tácticas de productividad en el lugar de trabajo. En la siguiente entrevista, Avellanal contará sobre la capacitación y cómo piensa aplicar los conocimientos adquiridos.

¿Cómo fue la experiencia del programa?

Enriquecedora desde todo punto de vista. El programa se realizó en la Universidad Católica de América y nos alojamos en las residencias de su campus universitario. Allí tuvimos visitas guiadas para conocer la Galería Nacional de Arte y la Basílica del Santuario Nacional de la Inmaculada Concepción, la iglesia más grande de Estados Unidos y la octava a nivel mundial. Por suerte, tuvimos tiempo para recorrer Washington DC en algunas tardes libres y la ciudad me encantó.

¿Cuántos compañeros eran y de qué partes del mundo provenían?

Éramos 80 participantes. De Uruguay fuimos 10, los demás venían de Brasil, Perú, Ecuador, México, EE. UU, España, Portugal y Alemania. El hecho de poder compartir la experiencia con personas de distintas partes del mundo, variadas carreras y profesiones fue lo que volvió al programa aún más valioso y nos permitió generar muchos contactos, lo cual valoro especialmente y pienso que puede llegar a ser muy importante en mi futuro laboral.

¿Qué te dejó In Altum?

Muchas cosas, pero principalmente el aprendizaje de que todos podemos ser agentes de cambio en los campos profesionales de cada uno y lo importante que es tener un compromiso con el ámbito público y servir en nuestras comunidades. Además, me dio un conocimiento más profundo sobre temas de los que no tenía demasiada noción, como los Derechos Humanos, donde hablamos sobre el valor de la dignidad humana y lo relevante que es respetarlo. A su vez, me permitió tener una opinión más formada a la hora de discutir sobre temas polémicos de la actualidad.

¿Colmó tus expectativas?

Definitivamente, sí. Fue mucho mejor de lo que esperaba. Los talleres estuvieron geniales, aprendimos sobre temas muy variados, conocimos speakers de Estados Unidos reconocidos en sus áreas y generamos vínculos con los participantes del programa. Me sorprendió gratamente la profundidad de las charlas que mantuvimos. Sin dudas, volvería a repetir la experiencia. Siento que la semana se pasó muy rápido y eso quiere decir que la disfruté mucho. Agradezco especialmente a Sofía Maruri, quien me dio la gran oportunidad de participar del programa, y recomiendo a todos los que les interesen estos temas de liderazgo que se anoten para participar de futuras ediciones y lo disfruten tanto como yo.

01/08/2022

Andrea Signorino coordinó la publicación de una obra híbrida sobre Seguros y Reaseguros

La doctora en Derecho y Ciencias Sociales presentó el libro en la Facultad de Derecho de la UM

La directora del Postgrado Internacional en Derecho de Seguros de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Dra. Andrea Signorino, presentó el nuevo libro: “Temas de Derecho de Seguros y Reaseguros”, del cual fue coordinadora y una de las escritoras. El martes 26 de julio presentó la obra junto a varios de los co-autores.

La obra incluye artículos de profesores nacionales e internacionales, así como de alumnos del Postgrado Internacional en Derecho de Seguros. Los docentes colaboradores fueron: María Fabiana Compiani (Argentina), Angélica Carlini (Brasil), Ilan Goldberg (Brasil), Thiago Junqueira (Brasil), Tania Hidalgo (Bolivia), Ana Molina (Colombia), Luisa Herrera (Colombia), Roberto Rios (Chile), Juan Bataller Grau (España), Carlos Acosta (Perú), Geraldine Ifran (Uruguay) y Andrea Signorino (Uruguay). La lista de

alumnos que participaron incluye a Virginia Crosa, Aldana García, Estela Chalar, Alfredo Frigerio, Federico Piano, Erika Martin Abreu, Virginia Palleiro, Carla Vázquez, Carolina Rodríguez, Romina Romero, María Federica Sosa y Joaquín Tolosa.



Al comienzo, el coordinador académico de Maestrías y Postgrados, Dr. Marcelo Sheppard Gelsi, introdujo la presentación. “Desde los comienzos de la Facultad de Derecho en la UM, hemos apostado por fomentar la investigación en profesores y en alumnos, por ello también apoyamos al desarrollo del área de la materia de Seguros y Reaseguros”, señaló, y explicó que la obra se desarrolló en dos secciones, una de doctrina y otra de jurisprudencia comentada. A su vez, felicitó a todos los autores del libro.

Posteriormente, la profesora Andrea Signorino brindó unas palabras sobre el trabajo realizado y recordó que para ella fue un “anhelo” tener una publicación híbrida que combinara artículos de profesores con artículos de alumnos. “La tarea de escribir nunca es fácil”, reflexionó y concluyó que para superar ese desafío se debe fomentar la escritura en los alumnos. Explicó que la publicación será periódica para continuar integrando alumnos del postgrado.

Inmediatamente, pasaron a realizar exposición de sus artículos Angélica Cardini, Ana Molina, Luisa Herrera, Carlos Acosta, Geraldine Ifran, Estela Chalar, Federico Piano, Erika Martin Abreu y Carolina Rodríguez, quienes analizaron los temas a los que se refirieron en el libro.

Al finalizar, se presentó el curso intensivo de Profundización en Derecho de Seguros y Reaseguros, que tiene como objetivo la ampliación de conocimientos respecto al tema junto a un análisis del panorama actual. El mismo se brindará del 17 al 28 de octubre y contará con profesores tanto uruguayos como internacionales.

En una entrevista con Prensa UM, la Dra. Signorino comentó los temas principales tratados en el libro y reflexionó sobre la importancia del Reaseguro.

¿En qué aspectos del Derecho de Seguros y Reaseguros profundiza el libro?

Al ser un libro colectivo y girar en torno al vasto mundo del Derecho de Seguros y Reaseguros, no hay un tema central, sino que los autores, nacionales y extranjeros, profesores y alumnos, veinticuatro contando los co-autores, abarcan diversos temas. Es así que los artículos versan sobre el seguro de caución, los cambios regulatorios en la región, el

ajuste del siniestro en la actualidad, las tecnologías, los contratos inteligentes, la conducta de mercado, los deberes del asegurado, la conceptualización actual del seguro, el interés asegurable, la reserva de mercado, el contralor de la actividad, el perfeccionamiento del contrato, los seguros de personas, de rentas y reaseguros; entre varios otros. En ello radica el interés de la obra, que su contenido es variado y de utilidad práctica.

¿Por qué es importante el Reaseguro hoy?

El Reaseguro, hoy y siempre, ha sido un mecanismo que fortalece la buena administración y solvencia del asegurador, pues permite que éste ceda parte de los riesgos asumidos, en mayor o menor porcentaje, de acuerdo a su aversión al riesgo y su capacidad de retención de estos, a empresas reaseguradoras confiables. Esto refuerza la garantía hacia el asegurado, pues, si bien el contrato de reaseguro es independiente del contrato de seguros, es claro que ofrece un respaldo mayor al asegurador frente a la futura prestación a su cargo.

¿Cómo fue su proceso en el rol de coordinadora y líder de la obra?

El objetivo de la obra era lograr una publicación, que esperamos concretar en forma periódica, relacionada al Derecho de Seguros y Reaseguros, para aportar bibliografía en una temática que es escasa a nivel nacional. Asimismo, busca fomentar la necesaria investigación y escritura en los alumnos, ya que una de las secciones se conforma de artículos de los alumnos del postgrado en Derecho de Seguros que dirijo en la UM. Como autora, pues la obra incluye un artículo de mi autoría, se trata de analizar el régimen del Reaseguro a la luz de la Ley de Seguros 19.678, lo cual es parte de un proceso de análisis de la ley que comencé desde la época de su entrada en vigencia en noviembre de 2018, publicando incluso a fines de 2019 un libro donde comento, anoto e interpreto la ley, proceso de investigación que continúa.

16/08/2022

FDER brindó las primeras Jornadas de M&A

Expertos de diferentes áreas compartieron información y casos de éxito de fusiones y adquisiciones de empresas



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo llevó a cabo sus primeras Jornadas M&A, fusiones y adquisiciones de empresas, que contó con la participación de varios referentes nacionales del área. Los expertos comentaron -desde una perspectiva multidisciplinaria y práctica- varios temas de actualidad de los M&A frente a un numeroso público, que asistió tanto en modo presencial como virtual.

Las jornadas se realizaron el 9 y 10 de agosto y estuvieron coordinadas por el decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Miguel Casanova, y el coordinador de Maestrías y Postgrados, Dr. Marcelo Sheppard Gelsi.

Jornada del 9 de agosto

Durante la apertura, el Dr. Casanova dio la bienvenida a los participantes, presentó el programa de las jornadas y manifestó que la UM tiene intención de que estas se conviertan en un evento anual, “en el que, quienes ejercen su trabajo profesional prestando servicios en procesos de compra-venta o fusiones de empresas, cuenten con un ámbito académico propicio para transmitir experiencias, discutir soluciones y, en definitiva, colaborar para que estos procesos sean cada vez más eficientes”. A su vez, señaló que dichas jornadas son el resultado de la trayectoria de la Facultad de Derecho de la UM y recordó los inicios de la institución que, en los ochenta, lanzó las primeras maestrías en Derecho en Uruguay, especializadas en Derecho de la Empresa.

Los expositores en el primer día de las jornadas fueron Luis Lapique, Alejandro Miller, Manuel Lecuona, Martín Cerruti, Sebastián Ramos, Anabela Aldaz y Pablo Rosselli. En dichas exposiciones se conversó sobre la estructuración jurídica de las operaciones de M&A (el SPA y el SHA), la compraventa de acciones, establecimientos comerciales y activos; los contratos previos al perfeccionamiento de la transacción, las obligaciones precontractuales y los Vendors Due Diligence. También se expuso sobre la técnica de negociación y redacción de cláusulas del SPA, la obtención de permisos y habilitaciones estatales en procesos del M&A en industrias reguladoras y el método de EBITDA en la valuación de empresas en procesos de M&A.

Al final de la primera jornada participó como invitado especial el socio fundador de la Consultora Advice, Felipe Cat, que conversó sobre el caso de la organización que lidera.

Jornada del 10 de agosto

Esta segunda jornada fue introducida por el Dr. Marcelo Sheppard Gelsi, quien dio paso a los conferencistas Ricardo Olivera, Nicolás Brause, Daniel Ferrés, Nicolás Piaggio, Beatriz Bugallo, Sandra González, Sebastián Arcia, Carlos Loaiza y Martín Rosati. Se expuso respecto a la incidencia de la proyectada reforma de la Ley de Sociedades sobre los procesos de M&A, el control de concentraciones en procesos de fusión empresarial, la cláusula de precio en el SPA, ajuste de precio y *escrow*; aspectos de propiedad intelectual en las operaciones de M&A, arbitraje e incidencia de aspectos tributarios en la organización jurídica del negocio.

Como invitados especiales, participaron también el presidente de EMTV Holding, Andrés Cerisola y el CEO de GeneXus, Nicolás Jodal, que reflexionaron sobre sus experiencias en procesos de M&A en empresas del sector de tecnología.

Alumnos de FDER realizaron cursos de US Law en University of Delaware

Por primera vez dos estudiantes de la UM cursaron materias de US Law en Delaware (EE. UU) durante una estancia académica de dos meses, en el marco del convenio entre ambas instituciones



Los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Juan Diego García y Victoria González, fueron los primeros estudiantes de la UM en realizar cursos de **US Law** en **Delaware Widener Law School**, un programa internacional que promueve la formación en Derecho norteamericano.

Gracias al convenio que la UM mantiene con dicha universidad desde 2020, los alumnos de la FDER-UM pudieron realizar una experiencia internacional académica durante junio y julio que, además, incluyó la visita a destacadas instituciones vinculadas al Derecho, tanto en el estado de Pennsylvania como en la capital del país, Washington DC. García y González, en diálogo con Prensa UM, contaron sobre su experiencia en Delaware.

¿Cómo vivieron su experiencia?

Viajamos emocionados y con algunos miedos, pero al final nos sentimos como en casa. La experiencia superó todas nuestras expectativas. Tuvimos la suerte de generar vínculos con profesores y compañeros de todo el mundo y la convivencia en el campus fue muy divertida. Al principio, nos costó abrirnos, pero después formamos un lindo grupo con el que viajamos y conocimos ciudades.

¿Y a nivel educativo?

Hubo una fuerte impronta académica, muchas horas de clase y materias que requerían estudio, pero fue totalmente compatible con la parte social. Las clases eran muy interactivas y nos motivaban a comparar regímenes legales y analizar similitudes y diferencias entre naciones. Los docentes estaban predispuestos a conocer sobre nuestro país y estaban abiertos a cualquier consulta.

¿Cómo es estudiar Derecho en Estados Unidos?

La mayor diferencia es que ellos tienen un sistema de *common law* y nosotros de *civil law*. Eso significa que, mientras ellos buscan casos similares anteriores para demostrarle al juez que el Derecho tiene que aplicarse de cierta forma, nosotros priorizamos las leyes y los códigos que son más extensos, y no tanto la jurisprudencia. Pero más allá eso, estudiar Derecho en inglés no es muy diferente. Nosotros ya estábamos familiarizados con el sistema del Common Law por el US Law Program que cursamos en la UM y lo que aprendimos nos pareció muy interesante.

¿Qué materias tuvieron?

Asistimos a cuatro cursos: *International Money Laundering*, *Advanced Corporations*, *International Business Transactions* y *Comparative Constitutional Law*. Aprendimos sobre Derecho Corporativo y Constitucional estadounidense, logramos manejar mejor el idioma y conocimos un mundo totalmente nuevo que nos abrió la cabeza. Va a servirnos mucho a nivel laboral. Delaware es un lugar muy importante para el Derecho corporativo societario. Conocer el régimen en profundidad puede ser un gran atractivo para las empresas uruguayas y un diferencial para tener estudio propio. Esperamos hacer una Maestría en el futuro y aprovechar los doce créditos que sumamos.

¿Qué instituciones visitaron?

Además de algunos paseos recreativos que hicimos con la universidad, fuimos a ciudades como Philadelphia y Washington DC. La visita más importante fue un lugar de Juzgados en Pennsylvania, donde presenciamos un juicio de mala praxis médica y otro penal. La experiencia fue impresionante y tal cual nos imaginamos. También pudimos conocer a los jueces que trabajaban allí y almorzar con ellos tras la visita. Luego, por nuestra cuenta, recorrimos New York, Philadelphia, Washington DC, Baltimore, Boston y Delaware.

¿Cómo fue la experiencia internacional con personas de otros países?

En las salidas organizadas por la Facultad hablamos con estudiantes de Brasil, Rusia, Arabia Saudita y Argelia. Durante el segundo mes vinieron varios estudiantes italianos de nuestra edad, con quienes cultivamos un vínculo aún mayor e, incluso, seguimos hablando hasta el día de hoy. Creamos un grupo de WhatsApp a través del cual nos comunicamos y tenemos la esperanza de verlos de vuelta algún día. Con los profesores también tuvimos un excelente trato, nos dejaron su contacto y ofrecieron redactar cartas de recomendación para un futuro trabajo o una universidad, en caso de necesitarlas.

¿Recomiendan la experiencia?

Fue un viaje realmente especial. Dudábamos sobre la idea de hacer un intercambio semestral porque era mucho tiempo y nos podíamos atrasar en la carrera; pero en este caso, dos meses fueron más que suficientes para acostumbrarse a la vida allí, conocer personas, lugares y estudiar, ya que académicamente sigue siendo un programa intensivo y provechoso. Como experiencia fue increíble, nos quedamos con muchas anécdotas y amistades. Cien por cien recomendable.



US Law Program en University of Delaware

Este programa tiene como objetivo profundizar y fortalecer la formación en US Law, característica de la carrera de abogacía en la UM, mediante una estancia de dos meses en la Facultad de Derecho de Delaware (junio y julio). Esta universidad está ubicada en la costa este de Estados Unidos, a una hora en tren de Washington D.C. y de Nueva York. Algunos de los cursos que se ofrecen en la estancia son: Advanced Concepts in Corporate Law, Criminal Trial Process, Technology and the Law, International Money Laundering and Corruption, US Constitutional Law, Digital Law: Cybersecurity and Privacy. El programa también incluye visitas a tribunales norteamericanos, así como a las instituciones más importantes vinculadas al Derecho, tanto en la capital como en Nueva York.

08/09/2022

Jerome Cohen brindó conferencia sobre el triángulo Rusia-Ucrania-China

El afamado abogado norteamericano brindó una ponencia exclusiva a alumnos, docentes y graduados sobre “un triángulo complejo y preocupante”



Crédito de foto: The Diplomat

El abogado y profesor emérito de la Universidad de Nueva York (NYU), Jerome A. Cohen, brindó la conferencia titulada “Rusia - Ucrania - China. Un triángulo complejo y preocupante”. En el encuentro virtual, el experto estadounidense en Derecho y Gobierno Chino explicó las principales líneas de la situación de conflicto entre Rusia y Ucrania, así como la situación actual y el rol del gigante oriental.

Jerome “Jerry” Cohen fue uno de los artífices de la llegada de Nixon a China en los años 70 y del encuentro que tuvo el mandatario con el líder comunista chino, Mao Zedong (Tse-Tung). Tiempo después, fue el articulador del acuerdo entre el senador Edward Kennedy y el sucesor de Mao, Den Xiaoping. Asimismo, fue el primer abogado estadounidense que pudo ejercer en la China comunista durante muchos años. “Así, pudo salvarles la vida a muchas personas, entre otras, un premio Nobel de la Paz y el vicepresidente de un país”, explicó el profesor Dr. Nicolás Etcheverry a Prensa UM, quien organizó el encuentro virtual del primero de setiembre, dirigido a alumnos, graduados y docentes de la Facultad de Derecho de la UM.

“Es una personalidad muy conocida en el mundo jurídico estadounidense y asiático. Fundó también un Instituto que funciona en la NY University que se ocupa de casos pro-bono en el mundo asiático”, puntualizó Etcheverry.

Cohen expuso los diferentes escenarios a seguir en el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania según su análisis profesional, basado en el contexto actual, la personalidad del presidente ruso Vladimir Putin y la disponibilidad de armamento de los estados en guerra. “Las negociaciones entre Ucrania y Rusia no están llevando a ningún puerto”, comentó Cohen, y explicó el complicado escenario que afecta también al resto de Europa por este conflicto. “Sabremos más cuando acabe el invierno europeo”, puntualizó.



Por otro lado, el expositor también mencionó las tensiones entre Estados Unidos y China por la relación del país occidental con Taiwán. Explicó que el actual líder chino, Xi Jinping, busca ser reconocido como la persona que ha de lograr unificar China, incluyendo dicha nación insular a 160 kilómetros, que cuenta con una relación estratégica con Estados Unidos.

El territorio de Taiwán goza de relaciones económicas internacionales, pero hoy se ve custodiado por la política de Pekín de “una sola China”, dado que el gobierno considera la isla como parte de la República Popular China.

“Hay una gran controversia sobre el grado posible de defensa del territorio taiwanés y si va a tener un golpe parecido a lo que sufre hoy Ucrania”, comentó el experto, y analizó la impronta de EE.UU. frente a este conflicto versus su acción limitada en el conflicto de Rusia-Ucrania.

Sobre Jerome A. Cohen

Es profesor de la Facultad de Derecho de la New York University (NYU) desde 1990 y director de la facultad de su Instituto de Derecho de EE. UU. y Asia. Cohen es un destacado experto estadounidense en Derecho y Gobierno chinos. Pionero en el campo, el profesor Cohen comenzó a estudiar y enseñar sobre el sistema legal de China a principios de la década de 1960 y de 1964 a 1979 introdujo la enseñanza del Derecho asiático en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de Harvard, donde se desempeñó como profesor *Jeremiah Smith*, decano asociado y director de Estudios Jurídicos de Asia Oriental. Además de sus responsabilidades en NYU, el Prof. Cohen se desempeñó durante varios años como C.V. Starr Senior Fellow y director de Estudios de Asia en el Council on Foreign Relations, donde actualmente es Adjunct Senior Fellow. Se retiró de la sociedad de Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP a fines de 2000, después de veinte años de práctica legal enfocada en China. En su práctica legal, el Prof. Cohen representó a muchas empresas e individuos en negociaciones de contratos, así como en la resolución de disputas en China.

13/09/2022

206

Se realizó el lanzamiento del curso de Derecho Deportivo en el Estadio Centenario

En el evento, el director de Servicios Jurídicos y Cumplimiento de la FIFA reflexionó sobre el mercado de trabajo de los futbolistas profesionales



La Facultad de Derecho presentó el martes 6 de setiembre el nuevo curso de postgrado de Derecho Deportivo. El lanzamiento se realizó en el palco oficial VIP del Estadio Centenario y contó con la participación del director de Servicios Jurídicos y Cumplimiento de la FIFA, Dr. Emilio García Silvero. Asimismo, participaron de la actividad docentes del novel curso y referentes del área del Deporte.

El decano de la Facultad de Derecho, Dr. Miguel Casanova, brindó unas palabras introductorias y reflexionó sobre la importancia de que la academia pueda aportar en el desarrollo del deporte en Uruguay. Casanova puntualizó que la UM apuesta a esta formación con valores que caracterizan a la UM en su misión, que son el valor del trabajo bien hecho y el espíritu de servicio a la persona, la familia y la sociedad. Este nuevo curso de postgrado, según explicó el decano, convoca a los mejores exponentes del Derecho Deportivo en Uruguay y de nivel internacional.

Posteriormente tomó la palabra el Dr. Fernando Sosa, quien forma parte del panel de coordinadores del nuevo curso de postgrado. Comentó que el proyecto surge de la idea de “saldar un pendiente que la academia tenía con el deporte”, por lo que, al diseñarlo, se trabajó con profundidad y rigurosidad, apuntando a salir de lo tradicional del Derecho Deportivo.

La historia normativa del fútbol y el estado actual del mercado de trabajo

En la conferencia, el director de Servicios Jurídicos y Cumplimiento de la FIFA, Dr. Emilio García Silvero, habló sobre el estado actual del mercado de trabajo y la evolución del sistema mundial de transferencia de jugadores de fútbol en los últimos veinticinco años.

Explicó que, en 1995, las federaciones internacionales respecto al Derecho de la Unión Europea eran prácticamente “inmunes” por lo que se formó un “complejo isla” en el que las federaciones regulaban cualquier aspecto - incluso laboral y de transferencia - sin límites. Pero luego, indicó, la FIFA debió adaptarse a un sistema de relaciones contractuales de los futbolistas que se fue modernizando. Recordó que, entonces, se modificó el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores y se adecuó a un sistema liberal, en el que los futbolistas empezaron a ser considerados puramente trabajadores con la totalidad de sus derechos.

En este sentido, el orador enfatizó en el aumento de transferencias -desde entonces- en el mercado internacional, y el valor económico que esto generó: “Esto fue consecuencia del fenómeno de los derechos de televisión y por cómo el mercado de derechos televisivos ha inyectado dinero -fundamentalmente- en Europa y a los grandes clubes”. Comentó que, al principio, los clubes se mantenían a través de la venta de tickets y actividades comerciales, pero que, en la actualidad, la mayoría de los ingresos proviene de derechos de televisión.

De esta manera, subrayó que el sistema se transformó respecto a cómo se producen normas en el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, y cómo se realizan negociaciones. “Hoy, cualquier modificación de este código de trabajo internacional en el fútbol se acuerda entre todas las partes”, concluyó.

A su vez, recordó los objetivos planteados en 2001 por la FIFA, cuando modificó el sistema internacional, y comentó que algunos de ellos no se alcanzaron. En este sentido, García Silvero explicó que, actualmente, hay mayor inestabilidad contractual, que los agentes son parte importante del sistema y que, a veces, se ocasionan conflictos de intereses. También mencionó que existe un equilibrio competitivo cada vez menor.

Al finalizar, el orador habló sobre las medidas que se están implementando para adecuar el sistema de transferencias al año 2022 y reflexionó sobre trabajos que se están llevando a cabo actualmente respecto al tema.

Carmen Asiaín y Sofía Maruri expusieron en congresos internacionales sobre libertad religiosa en España

Las profesoras de la FDER-UM abordaron las temáticas: libertad, religión y dignidad humana



La senadora de la República y profesora de Derecho y Religión, Dra. Carmen Asiaín, y la profesora de las asignaturas *Derechos Humanos* y *Derecho y Religión*, Dra. Sofía Maruri, participaron durante el mes de setiembre de dos congresos en la ciudad de Córdoba, España. Las profesoras abordaron temáticas referidas a la dignidad humana, libertad religiosa y de expresión.

Del 19 al 21 de setiembre se celebró el sexto congreso del International Consortium for Law and Religion Studies (ICLARS). El evento se realizó en el Palacio de Congresos de Córdoba, edificio histórico del siglo XVI, con la temática “Dignidad humana, derecho, y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales”, dónde asistieron unos 400 académicos de los cinco continentes. Su objetivo fue analizar cómo la noción de dignidad humana, que constituye el eje central de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, puede contribuir a crear un terreno de entendimiento común entre concepciones antagónicas de los derechos humanos que tienen incidencia en el ámbito de la libertad de religión y creencia. Por una parte, Asiaín formó parte de tres paneles. En uno de ellos expuso sobre la contribución de los poderes legislativo y ejecutivo en la promoción y el respeto mutuo entre posiciones divergentes acerca de la relación entre la libertad religiosa y otros derechos fundamentales. En otros dos abordó las temáticas referidas a la dignidad, igualdad y religión, sus desafíos para la situación de la mujer, y los derechos de las minorías religiosas. A su vez, Maruri expuso sobre la libertad de expresión y el fenómeno de la cultura de cancelación, tema que trató en su tesis del Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Oxford.

Posteriormente, del 22 al 24 de setiembre, se realizó el XXI Coloquio Anual del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa en la Universidad de Córdoba y el tema central fue “Libertad de expresión y libertad religiosa”, congreso que reunió a académicos latinoamericanos para tratar sobre la regulación y protección de estos derechos en el continente. Maruri fue la relatora nacional por Uruguay y expuso sobre libertad de expresión y libertad religiosa en el país.

Finalizó el certamen “Abogado y escribano por un día” 2022

Alumnos del liceo Pedro Poveda se llevaron el primer puesto



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM celebró la final de una nueva edición de Abogado y escribano por un día. Participaron del certamen alumnos de quinto y sexto año de liceo de todas las orientaciones. En la jornada del sábado 1° de octubre, los veinticuatro equipos semifinalistas se presentaron en las instalaciones de la facultad para competir. Seis equipos pasaron a la final y el primer puesto fue para alumnos del liceo Pedro Poveda.

Al comienzo de la jornada, los participantes asumieron el rol de abogados y escribanos en una negociación ficticia. Luego compartieron un almuerzo y, durante la segunda parte, los seis grupos finalistas se enfrentaron en una nueva ronda para defender sus casos.

El panel de jurados de la primera parte de la jornada se compuso por la Dra. Florencia Katzenstein, Dra. Milena Amor, Dra. Rosa Díaz Formento, Dra. Alejandra Pirez, Dra. Agustina Pacheco, Esc. Juan Andrés de la Fuente, Dr. Esc. Juan Mailhos, Dr. Federico Fischer. En cuanto al panel que integró la final, participó el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Miguel Casanova; Dra. Ana María Guzman y Esc. Carmen Saltó.

Previo al certamen, los preuniversitarios asistieron a un taller online para entender las bases teóricas de la negociación.

Finalistas:

- 1er puesto – Equipo 2193, Pedro Poveda (Antonella Guevara, Stephanie Baldyga, Franco Andrade).

- 2do puesto – Equipo 5426, PREU (Tomas González, Juan Ignacio Hernández, María Federica Abdala).

- 3er puesto – Equipo 2846, Santo Domingo (Jerónimo Blanco Porcelli, Joaquín García Fernández).

- 4to puesto – Equipo 274, Colegio Diocesano María Auxiliadora (Agustina Mendez Rodríguez, Josefina Padin Caraballo).

- 5to puesto – Equipo 5739, The British Schools (Valentina Denis, Sofía Ponce).

- 6to puesto – Equipo 3529, LICEO N°4 J. Zorrilla de San Martín (Camila Garrido Cayun, Joaquin Cardozo Caraballo, Marco Hernández, Antonio Pallottini).

Todos los integrantes de los equipos recibieron premios y vales de descuento para ser usados en carreras de grado de la UM durante 2023 y 2024.

11/10/2022

Jornada sobre el anteproyecto de ley de Reforma Previsional

El evento contó con la presentación del Director Nacional de Seguridad Social



La Facultad de Derecho de la UM organizó una jornada de conferencias respecto al anteproyecto de ley de reforma previsional. La actividad se realizó el pasado 14 de setiembre y profundizó en los lineamientos generales de la propuesta, el ámbito subjetivo, los causales en el régimen previsional común, las pensiones de sobrevivencia, los regímenes especiales, como también en los aspectos administrativos y tributarios.

Al comienzo, el director nacional de Seguridad Social, Esc. Daniel García Zeballos, brindó palabras introductorias a la jornada y realizó un resumen del proceso de la reforma. Recordó los primeros pasos de la iniciativa, en el año 2020, y mencionó la importancia del diálogo en la comisión de expertos que se formó con representantes de los distintos partidos políticos. A su vez, indicó que la comisión pasó por distintas etapas y que comenzó con un diagnóstico para luego derivar en una serie de recomendaciones. Al final, recordó, se formó un nuevo equipo de redacción, en la que participaron algunos miembros de la comisión de expertos. Subrayó que el proceso terminó en un anteproyecto de ley que se presentó al comienzo del segundo semestre de 2022 a distintos partidos políticos y organizaciones gremiales.

Zeballos aclaró que, actualmente, el anteproyecto se encuentra en una etapa de recepción de evaluaciones, sujeto a negociaciones y consensos. Comentó que la creación

del anteproyecto siempre tuvo claro dos objetivos. El primero, lograr un proyecto con la mayor base posible de acuerdo. En segundo lugar, lograr el cumplimiento de los principios que rigen a la seguridad social.

Lineamientos generales del proyecto y ámbito subjetivo de la reforma

El presidente de la Comisión de Expertos en Seguridad Social (CEES) y coordinador del grupo redactor del proyecto, el Dr. Rodolfo Saldain, abordó los lineamientos generales del proyecto y el ámbito subjetivo de la reforma. Saldain puntualizó en los fundamentos y principales criterios que se siguieron y aclaró que “la reforma se fundamentó en el estado de situación demográfico del país”. En este sentido, destacó que en 1950 la población en Uruguay se conformaba por dos millones y medio de habitantes y, mostrando un gráfico de datos realizado por las Naciones Unidas, comentó que para el 2100 se volverá a dicha población, pero con la diferencia de que será una envejecida, ya que el único grupo de edades que crece es el de mayores de 65 años. Esta consecuencia, explicó, es producto fundamentalmente del derrumbe de la tasa de fecundidad.

Respecto a la cantidad de trabajadores frente a la cantidad de personas mayores remarcó que el desafío central es la sustentabilidad financiera, siendo un elemento a considerar la incidencia de la pobreza presente en varias generaciones de niños.

A su vez, señaló los objetivos de la reforma, en los que destacó: adecuar el sistema a la dinámica demográfica, asegurar estabilidad y sustancialidad financiera, mantener niveles de cobertura y beneficios, flexibilizar el sistema ante el contexto laboral futuro y generar condiciones financieras para asumir los desafíos del envejecimiento.

Causales en el régimen previsional común

El especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Dr. Álvaro Rodríguez Azcúe, expuso sobre los causales en el régimen previsional común. Durante su exposición explicó que el anteproyecto prevé la convergencia en un único sistema previsional que alcanzaría a todas las personas que ingresen al mercado de trabajo, a partir del primer día del mes siguiente al de 180 días de su publicación en el Diario Oficial, o se encuentren en actividad luego de finalizado el período de convergencia de regímenes.

A su vez, se refirió a las causales jubilatorias normales, anticipadas y por incapacidad física total. Respecto a las jubilatorias anticipadas, destacó la diferencia entre las que corresponden por extensa carrera laboral y las que lo hacen por naturaleza de la actividad. También señaló la causal de jubilación por incapacidad total, que no se modificará en el anteproyecto, pero pasa a ser residual y con asignación jubilatoria por TAD proyectada, con el cien por ciento de densidad de cotización hasta la edad normal, más veinte por ciento en algunos casos, cuando el afiliado tiene hijos mayores, hijos mayores con incapacidad o dependencia severa.

Pensiones de sobrevivencia y regímenes especiales

A continuación, la asesora en Seguridad Social de la Dirección Nacional de Seguridad Social del MTSS, Dra. Lorena Díaz, y el economista Dr. Gonzalo Martínez, reflexionaron sobre las pensiones de sobrevivencia y regímenes especiales.

Por una parte, Díaz reflexionó sobre la recomendación de diseñar el proyecto de la seguridad social con un enfoque de género para mitigar la brecha y cumplir con el principio de igualdad de género real. Recordó que la brecha surge de la combinación de diversos factores, entre las que destacó las diferentes trayectorias laborales de hombres y mujeres, los ingresos más bajos de mujeres respecto a los hombres y el cambio de los roles de género (que tradicionalmente implicaron que las mujeres se encargaran mayoritariamente del trabajo no remunerado del hogar). En este sentido, fundamentó la adecuación de las prestaciones previsionales desde una perspectiva de género con lo dispuesto en el quinto objetivo para el Desarrollo Sostenible de 2030 de las Naciones Unidas, que pretende alcanzar la igualdad de género y autonomía en mujeres y niñas.

Argumentó que los sistemas de pensiones pueden promover la protección económica de las mujeres –fundamentalmente- de dos maneras. En primer lugar, implementando prestaciones que garanticen la construcción de derechos individuales. En segundo lugar, otorgando derechos derivados, como las pensiones por viudez.

Por otro lado, Martínez abordó la temática referida a las pensiones de sobrevivencia. Explicó que se prevé un diseño de estatuto único en el que el ámbito subjetivo de aplicación corresponda a todos aquellos activos o jubilados, independientemente de la identidad gestora. Declaró que este estatuto entraría en vigencia el primer día del mes siguiente a la publicación de la ley, y que se aplicaría un régimen con la característica de separar las diferencias entre los beneficiarios según sean pensiones de viudez y equiparadas -con régimen de convergencia-, o de pensiones de padres e hijos – con algunos cambios respecto a la normativa actual-.

212

Aspectos administrativos y tributarios en el anteproyecto

Por último, el experto en Fundamentos de Derecho Público Global, Dr. Miguel Pezzutti, expuso sobre los aspectos administrativos y tributarios en el anteproyecto. Abordó las fortalezas y debilidades del sistema, y destacó que existen elementos bien contruidos que no deben modificarse. Asimismo, aclaró la necesidad de contar con principios en la ley. También abordó cuestiones de organización administrativa, reglas y garantías del anteproyecto.

08/11/2022

La UM participó en las primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional

La actividad, organizada por el Parlamento, contó con la presencia del Dr. Miguel Casanova y la Dra. Sofía Maruri, así como con otros expertos de Argentina y Uruguay

Durante las jornadas, se reflexionó sobre: el cuidado de la persona humana ante los desbordes del poder; una mirada desde los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad; presidencialismos en Latinoamérica; y el funcionamiento de los mecanismos de control durante tiempos de inestabilidad. En la tarde del 27 de octubre se realizó una mesa redonda sobre derechos, comienzo y fin de la vida. Sobre las 18 horas también hubo un debate sobre el Poder Legislativo y delegación reglamentaria en el Poder Ejecutivo.



La Facultad de Derecho de la UM formó parte de los paneles de discusión de las primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional, que se realizaron el pasado 27 y 28 de octubre en el Salón de los Pasos Perdidos del Palacio Legislativo.

El 27 de octubre, el decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Miguel Casanova, conformó el panel de apertura, junto con decanos y referentes de las facultades de Derecho de Uruguay. Casanova brindó unas palabras de bienvenida y destacó el interés de la UM en tratar, desde el punto de vista académico, asuntos de la normativa nacional especialmente en el marco de las nuevas leyes de eutanasia y de cuidados paliativos.

Por otra parte, la profesora de las asignaturas Derechos Humanos y Derecho y Religión de la FDER, Dra. Sofía Maruri, conformó una mesa redonda que abordó la temática referida a Derechos en el comienzo y fin de la vida, donde surgió un debate e intercambio de ideas sobre el asunto con los participantes de la actividad.

213

10/11/2022

Docente de FDER participó en Congreso Internacional de Derecho Comparado en Asunción

El Dr. Nicolás Etcheverry fue panelista en un conversatorio sobre discursos y libertad de expresión y moderó un taller de discusión sobre rankings universitarios



Durante la semana del 23 al 28 de octubre se desarrolló en Asunción (Paraguay) el Congreso General de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC/

IACL). El evento congregó a más de 1200 juristas de todo el mundo. Esa semana también se celebró la reunión anual de la Asociación Internacional de Derecho Internacional Privado (ASIDIP), que tomó lugar el 27 y 28 de octubre.

Desde Uruguay concurrieron expertos como el Dr. Gonzalo Lorenzo, nuevo decano de la Facultad de Derecho de la Udelar, la Dra. Cecilia Fresnedo, el Dr. Emiliano Opertti, los doctores Paul y Jean Michel Arrighi, el Dr. Eduardo Véscovi y el Dr. Nicolás Etcheverry, docente de la Facultad de Derecho de la UM y ex decano de la misma.

Se abordaron 36 temas a través de diversos paneles, integrados por figuras jurídicas de relieve mundial. El Dr. Etcheverry presidió el panel sobre si el discurso o expresión de odio debe o no ser incluido y/o regulado como una manifestación de la *libertad de expresión*. El profesor Eric Heinze, de Queen Mary University, fue el expositor principal de dicho panel y planteó las interrogantes de qué debe entenderse hoy como expresión de odio (por ejemplo, una bandera o un símbolo), si conviene o no considerarla un delito, y si puede haber otras vías para limitarla o encauzarla.

El Dr. Etcheverry también moderó un taller de discusión en torno al auge de los rankings universitarios, su impacto, utilidad, y formas de mejorarlos y estandarizarlos. También abordó la temática de la enseñanza del Derecho Comparado como posible herramienta adecuada para incluir en los parámetros de medición y puntaje de los rankings universitarios internacionales. En la discusión intervinieron expertos como Gary Bell, Alejandro Garro, Agustín Parise, Katharina Boele-Woelki, Alexandre Segenacnik, José Augusto Fontoura, Stefan Grundmann, Gonzalo Lorenzo y Bárbara Pozzo.

214

Sobre la edición 2022

La IACL realiza cada cuatro años este congreso en forma ininterrumpida desde 1950. La última edición fue en el 2018, en Fukuoka-Japón, con más de mil asistentes.

En esta oportunidad, se realizaron paneles con 36 temáticas diferentes, entre ellas: 1) La independencia e imparcialidad de los decisores internacionales; 2) Las reformas en el Arbitraje de Inversiones; 3) Casos de Derecho y Literatura comparados; 4) Homenaje a los profesores Konstantinos Kerameus y Rodolfo Sacco; 5) La actual protección de los Derechos Humanos (avances y retrocesos); 6) La enseñanza actual del Derecho Comparado en diversos países; 7) La libertad de expresión y regulación de falsas noticias; 8) Las poblaciones multiculturales y sistemas jurídicos mixtos; 9) Los impactos del cambio climático en el Derecho Agrario; 10) El renacimiento de la cuestión del Estado de Derecho; 11) Las diversas políticas gubernamentales para combatir la pandemia; 12) La crisis de la democracia liberal; 13) Los vehículos autónomos y Derecho de Responsabilidad; 14) El Derecho y la Bioética de las decisiones al final de la vida; 15) El silencio de la administración; 16) Perspectivas legales en la industria del *streaming*; 17) Las finanzas verdes y la protección del medio ambiente ¿pareja eficiente?.

Elecciones en la Asamblea General de AIDC

En la tarde del viernes 28 de octubre tuvo lugar la Asamblea General de la Academia Internacional de Derecho Comparado. En las elecciones, que se llevaron a cabo durante la semana del Congreso, fueron electas las nuevas autoridades de la Academia para los siguientes cuatro años. La nueva presidente designada fue la Dra. Giuditta Cordero-Moss

(Italia - Noruega), el nuevo secretario académico fue el Dr. Gary Bell (EE.UU. - Singapur) y la nueva tesorera designada fue la Dra. Marilyne Sadowsky (Francia). Los restantes seis nuevos integrantes del Consejo Directivo (vice-presidentes) fueron la Dra. Matilda Rosado (Brasil), la Dra. Ewa Baginska (Polonia), la Dra. Vivian Curran (EEUU), el Dr. Makane Mbengue (Suiza - Senegal), la Dra. Dan Wei (Macao) y el Dr. Nicolás Etcheverry (Uruguay).

También se otorgó el Premio Canadá a la mejor obra jurídica del año 2022 al italiano Marco Cappelletti de Peruggia, que hizo su tesis doctoral en la Universidad de Oxford con el título *Justifying Strict Liability*.

14/11/2022

Catedrática de la Universidad de Valencia brindó conferencia en la FDER

La disertación abordó los conflictos en materia de Derechos Humanos frente al multiculturalismo



La catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, Dra. Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, brindó el pasado martes 25 de octubre una conferencia en la Facultad de Derecho de la UM. La exposición “Derechos Humanos y multiculturalidad” refirió a las sociedades multiculturales y conflictos fruto del multiculturalismo.

Entre los temas abordados, la experta hizo énfasis en las divergencias culturales respecto al modo de concebir los derechos humanos, la importancia del diálogo y del entendimiento intercultural para conseguir la universalización efectiva de los derechos; y explicó la identidad cultural como derecho humano.

“La multiculturalidad -está claro- que es uno de los hechos más significativos y relevantes de nuestro tiempo. Es cierto que la diversidad cultural ha existido siempre, lo que ocurre es que la globalización ha hecho que sea mucho más visible, porque las interrelaciones entre las distintas formas de vida culturales en esta especie de aldea global en la que se ha convertido el mundo, son mucho más intensas”.

Fernández Ruiz explicó que la multiculturalidad es un hecho y desarrolló tres modos posibles de afrontarla: el asimilacionismo (que intenta homologar todas las culturas),

el multiculturalismo (en el que cada uno convive dentro de su cultura como en panales separados) y la interculturalidad (que procura el diálogo entre las diversas culturas). Respecto a esta última alternativa, indicó: “Este es el camino que me parece más adecuado entre otras cosas para conseguir la universalización efectiva de los derechos, que en definitiva es que todos los seres humanos lleguen a beneficiarse efectivamente de la protección que los derechos proporcionan”.

La expositora defendió que, pese a las dificultades de consenso, cree que una conciliación entre universalidad de los derechos y diversidad cultural es posible.

Sobre Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

Doctora en Derecho por la Universitat de València (1988) con la mención cum laude.

Actualmente es catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la misma universidad, como también directora del Máster en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo sostenible y coordinadora del programa doctoral en “Sostenibilidad y Paz en la era Posglobal”.

Entre sus líneas de investigación, se ha especializado en los problemas actuales de teoría del derecho, universalidad y multiculturalidad, filosofía política y derechos humanos.

14/11/2022

Andrea Signorino recibió título de doctorado con honores

La directora del Postgrado Internacional en Derecho de Seguros de la UM se doctoró en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca



La Dra. Andrea Signorino Barbat es docente de la Facultad de Derecho de la UM desde 2015 y, desde 2017, dirige el Postgrado Internacional en Derecho de Seguros. Recientemente recibió con honores su título de doctora en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, con orientación en Derecho de Daños, obteniendo calificación sobresaliente *Cum Laude*. Su tesis trató sobre la cobertura del suicidio del asegurado en los Seguros de Personas.

El 7 de noviembre, la docente defendió su proyecto en la sala Dorado Montero de la Universidad de Salamanca, institución con más de ochocientos años de trayectoria. La ceremonia de graduación se realizó en el mismo día de defensa de la tesis.

El tribunal estuvo integrado por los catedráticos españoles Dr. Juan Bataller Grau, director del área de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia; la Dra. María Jesús Peñas Moyano, de la Universidad de Valladolid; y el Dr. Jesús Olavarría, de la Universidad de Valencia. El director de tesis fue el Dr. Fernando Carbajo Cascón, decano de la Universidad de Salamanca.

En entrevista con Prensa UM, la Dra. Signorino comentó el enfoque de su tesis y sobre su rol de directora del Postgrado Internacional en Derecho de Seguros de la UM.

¿De qué trató su tesis doctoral?

Mi tesis se tituló “La exclusión de cobertura del suicidio del asegurado en los seguros de personas: su dimensión actual”. La investigación apuntó al estudio del suicidio como riesgo no cubierto en los Seguros de Personas -en especial, en sus coberturas de vida, accidentes personales y salud o enfermedad-, como exclusión de cobertura en sentido estricto. Esto obligó a introducirse en institutos y elementos esenciales de Contratos de Seguros relacionados a la exclusión por suicidio, como podrían ser el dolo, la intencionalidad, los actos potestativos, el alcance de la voluntariedad o consciencia del acto y las delimitaciones temporales relacionadas a su cobertura.

Analicé la evolución del tema, señalando las etapas en el aseguramiento del suicidio, y la forma en que actualmente el seguro -respetando sus bases técnicas- puede apoyar la humanización del contrato para cumplir con la finalidad de “cobertura acorde a los riesgos” y necesidades actuales de las personas, coherentes con la nueva dimensión social del *seguro*.

217

¿Qué objetivo se planteó con este trabajo?

En definitiva, el objetivo ha sido ocuparse de un mal o problema preocupante de todos los siglos, posiblemente agravado por la influencia de factores psicosociales aportados por la postmodernidad (de lo que no escapa la pandemia por COVID-19), como lo es el suicidio, y realizar una propuesta fundada en los recursos que el seguro posee para respaldar las necesidades de cobertura del ser humano.

¿Qué destaca de su rol como directora del Postgrado Internacional en Derecho de Seguros?

Es un gran honor el haber abierto este espacio para el Derecho de Seguros, en el cual la Universidad de Montevideo confió y es pionera, con un nivel educativo que no existía en el Uruguay. El Seguro es una actividad con trascendencia económica y social, y es necesario desarrollar estas instancias educativas para ampliar la cultura aseguradora, que es aún escasa en nuestro país. El postgrado ha ido creciendo en cada edición, aumentando su contenido y su calidad académica, incorporando profesores nacionales y convocando profesores de las principales universidades de Latinoamérica y Europa,

con lo cual, en mi rol de directora académica, me siento muy animada a seguir apuntado a la excelencia educativa.



22/11/2022

Se celebraron las Jornadas de Derecho y Tecnología

Distintos especialistas expusieron en paneles interdisciplinarios respecto a la tecnología y su impacto en los desafíos regulatorios, los derechos humanos, aspectos del derecho societario, fintech, criptoactivos, activos virtuales, contratos tecnológicos y digitalización del notariado

218



La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo celebró las Jornadas de Derecho y Tecnología. El evento se realizó el 25 y 26 de octubre fue coordinado por la directora del Postgrado en Transformación digital y Derecho, Dra. Mercedes Aramendía y la profesora referente de *LegalTech* de la UM, Mag. Agustina Pérez Comenale. Participaron más de 100 profesionales.

Desafíos regulatorios

El primer panel discutió acerca de los desafíos en materia de regulación a los que se enfrenta Uruguay respecto a las nuevas tecnologías. Por un lado, la profesora

Dra. Aramendía, reflexionó desde su rol de directora del postgrado en la FDER-UM y de presidente de la Unidad Reguladora de Comunicaciones (URSEC), y abordó la importancia de los datos en las telecomunicaciones y en la regulación. Explicó que los mismos están en el centro de la tecnología y que hay que proteger los derechos de los usuarios frente a la magnitud de información generada en los dispositivos móviles, así como regular, cuando sea necesario, en base a evidencia. En este sentido, mencionó que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) recomienda, entre otras prácticas, que la regulación sea un proceso abierto y transparente, de múltiples formatos y modelos.

Por otra parte, la consejera *senior* en Ferrere Abogados, Dra. Cristina Vázquez, se refirió a los retos que plantea la regulación en el ámbito de las redes sociales, que pone en juego la privacidad debido a que permanentemente se dejan huellas en el mundo digital. Explicó que la regulación se enfrenta a las cajas negras de algoritmos, al destierro del mundo virtual, a las dificultades derivadas de la privacidad en la red y al Derecho a la Memoria. Como ejemplo, subrayó que uno de los modelos aplicables para determinar una regulación es que lo que es ilegal fuera de la red, de igual modo debe ser ilegal dentro de ella.

A modo de cierre, Agustina Pérez Comenale, explicó cómo se están regulando los activos virtuales en el mundo y en Latinoamérica. Destacó la necesidad de ver siempre el Derecho Comparado y comentó que, en el marco regional, los países latinoamericanos comenzaron a tomar posturas en cuanto a la regulación, vinculándose con la naturaleza jurídica respecto a las categorías de activos y la prevención de lavado de activos.

Tecnologías emergentes y derechos humanos

Durante el segundo panel se reflexionó respecto a los desafíos de abordar la regulación de las nuevas tecnologías bajo la lupa de los derechos humanos. Al comienzo, el coordinador de la Escuela Internacional del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Dr. Javier Palummo, explicó que en los últimos años los derechos humanos han recibido críticas respecto a temas vinculados con las tecnologías. Subrayó que existe un debate respecto a la creciente necesidad de incorporar nuevos instrumentos internacionales que puedan abordar las nuevas tecnologías digitales. Para el experto, el reto es entender que las tecnologías no son neutras, por lo que pueden dar lugar a resultados que comprometan a los seres humanos si hay un uso malintencionado.

Seguidamente, el profesor de Derecho de la Información de la UM, Dr. Pablo Schiavi, recalcó la importancia de entender que no es posible regular los fenómenos actuales con legislaciones que tienen varias décadas, creadas en un momento en el que no existía el modelo híbrido y todo se daba de manera presencial. En este sentido, argumentó respecto a la importancia de abordar los nuevos cambios desde la perspectiva del Derecho en tres ejes: la necesidad de una infraestructura tecnológica que acompañe los fenómenos, la imprescindible regulación a los mismos y la capacitación de las estructuras organizacionales para que los funcionarios puedan adaptarse al mundo digital para su labor.

Por otra parte, la abogada en Praxa Abogados, Virginia Barreiro, abordó los desafíos de usar pruebas digitales en procesos judiciales. Indicó que el ámbito probatorio se enfrena a un reto cuando hay que acreditar hechos que se produjeron de manera virtual

o que se encuentran contenidos en dispositivos electrónicos. En este sentido, destacó que la ausencia de regulación y la gestión de expedientes realizados en papel son los principales retos a los que se enfrentan los procesos judiciales.

Por último, el profesor en Derecho de la UM, Dr. Martín Pecoy, abordó las violaciones a derechos que existen en casos de *ciberbullying*. Explicó que varios de los comportamientos que se detectan pueden encajar en figuras como difamación, injurias, extorsiones o violencia privada. Estos tipos penales a los que refiere el *ciberbullying* interpelan a regulaciones que datan de 1934, y que no se ajustan a las características de la web, como la violencia sostenida en el tiempo.

Derecho societario y tecnología

Por una parte, el socio del Estudio Guyer & Regules, Dr. Alejandro Miller, abordó las tecnologías de información y comunicación desde la perspectiva de las sociedades comerciales y cómo se encuentran conviviendo en la actualidad. A su vez, el socio del Estudio Lapique & Santeugini, Dr. Luis Lapique, explicó las características de la *tokenización* de acciones, e indicó que uno de los desafíos es la falta de regulación. Por esto, reflexionó cómo se podría compatibilizar el Derecho Societario que regula las acciones y la *tokenización*.

Por último, el socio del Estudio Jurídico Falco Barrios, Dr. Enrique Falco, se basó en un trabajo publicado en la Revista de Derecho Comercial realizado con la con la Dra. Beatriz Bugallo y el Dr. Alfredo Ciavattone, para explicar aspectos que refieren a la administración concursal y las tareas que enfrenta cuando tiene que identificar, conservar, administrar y liquidar un criptoactivo.

Fintech

Al comienzo del panel, la profesora de Fintech y Banda Digital del PTDD, Mag. Alejandra Ramos, definió qué son las *Fintech*, cómo surgieron frente a la digitalización y aparición de los *smartphones*, a la vez que las expectativas de los consumidores cambiaron. Mencionó herramientas tecnológicas que se aplican al ámbito financiero como la inteligencia artificial y el *machine learning*, y explicó la diferencia entre *big data* (que hace referencia a tecnologías que permiten analizar volúmenes grandes de datos) y *Smart data* (que determina cuáles de esos datos agrega valor para proponer estrategias y acciones concretas).

Por otra parte, la socia en Dentons Jiménez de Aréchaga, también profesora del PTDD, Dra. María Ruanova, abordó la temática referida a banca abierta y explicó que pretende poner en el centro al usuario del servicio financiero, para que sea consciente de la información de la cual es titular, y que se encuentra desperdigada en diferentes proveedores de servicios financieros. En este sentido, la doctora afirmó que el usuario tiene derecho a acceder a su propia información y usarla en su beneficio.

Para terminar, el socio de Ferrere Abogados, Dr. Sebastián Ramos, puntualizó en cómo las *Blockchain* pueden aportar valor a las finanzas sostenibles, tanto en reducir costos de emisión a través de la *tokenización*, como también en la mayor seguridad, mitigación del riesgo de manipulación, flexibilidad para configurar instrumentos financieros y entrada de inversores minoristas a través de fracciones mínimas.

Contratos tecnológicos

El fundador del Estudio Vargas Abogados, Dr. Fernando Vargas, habló sobre las particularidades de los contratos laborales en el mundo digital y destacó tres características que se cumplen en la mayoría de ellos. En primer lugar, existe una fuerte desigualdad entre las partes respecto al conocimiento, en donde el vendedor está mejor posicionado y el usuario muchas veces no sabe los detalles de lo que necesita. A su vez, destacó la concentración en pocos jugadores que son los que ponen las condiciones de mercado. Por último, indicó que los contratos tecnológicos son complejos, por los que hay que prestarle gran atención.

Por otra parte, la *head of global business* de Globant, Dra. Mercedes Ros, comentó que existen tres tipos de contratos tecnológicos principalmente: los contratos de licencias de uso de software, contratos de mantenimiento y contratos de desarrollo de software. En esta línea, enumeró los desafíos que tienen los asesores con los clientes y aconsejó a los profesionales a no trabajar solos ya que es necesario estar acompañados de quien va a usar el servicio y de quien lo va a proveer.

Al final del panel, la *general counsel* de Infocorp, Mag. Belén Sosa, realizó un abordaje respecto al régimen de responsabilidad en este tipo de contratos. En este sentido, brindó aspectos prácticos para negociar dicha cláusula e indicó que todos los contratos de proveedores necesitan de su inclusión. Destacó tres aspectos principales a tener en cuenta: el trabajo con los equipos para entender el alcance de las tecnologías y los servicios (por ser un lenguaje distinto), entender el contexto de los contratos (a quién va dirigido) y, aunque parezca una cláusula rígida, tener en cuenta que hay aspectos que pueden ser manejables.

221

Digitalización del notariado

Por una parte, la directora general de Registros en la Dirección General de Registros (DGR), Esc. Daniela Pena, dio una actualización respecto a los avances de la digitalización en el notariado. Explicó que, una vez que todos los actos inscribibles, - pasando por los cuatro registros y por todas las sedes nacionales y departamentales-, estén en condiciones de inscribir telemáticamente documentos, se levantará el sistema para avanzar en la inclusión de documentos mediante software.

A su vez, el asociado en Escribanía de la Fuente y BKZR, Esc. Juan Ángel de la Fuente brindó una exposición reflexiva en la que opinó que el mundo cada vez se mueve más rápido y se va desmaterializando. En este sentido indicó que los clientes son las nuevas generaciones, que van a demandar otro tipo de servicio, por lo que debe reflexionarse sobre qué servicio notarial se le va a dar a esos clientes y la necesidad de cambiar formas, admitiendo que la tecnología mejora la calidad de vida de las personas.

Criptomonedas, Tokenización de Activos y Compliance

El analista de la Oficina de innovación del BCU, Mag. Nicolás de Marco, expuso el enfoque regulatorio del BCU frente los activos virtuales en Uruguay. Señaló dos momentos claves que atravesó el país en este sentido: la instalación de la primera terminal que permite la compra y venta de activos virtuales, y la adquisición del primer inmueble con activos. Explicó que el principal objetivo fue integrar los distintos puntos de vista,

desde los distintos *expertises* técnicos que caracterizan al Banco, intentando desarrollar una mirada integral sobre el fenómeno y ponerse de acuerdo en un lenguaje común. Aclaró que actualmente existe un proyecto de ley que tiene dos objetivos: modificaciones al ámbito de competencia del BCU y modificaciones a la Ley de Mercado de Valores.

En la misma línea, la socia de Guyer & Regules, Mag. Florencia Castagnola, abordó la situación actual de la regulación en materia de criptomonedas. Explicó que al momento no existe ninguna regulación en Uruguay que refiera a las mismas ni a los prestadores de servicios que las utilizan y que el problema es que el uso de activos está vinculado con la actividad financiera por lo que puede vincular aspectos que sí están regulados, en cuyo caso hay que ser precavidos de respetar la normativa.

Por último, la miembro del grupo de trabajo organizado por la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SENACLAFT), Dra. Carla Arellano, se refirió a los prestadores de servicios, activos virtuales y a la prevención de lavados de activos. Indicó que los dos grandes sectores (financiero y no financiero) deben cumplir con la normativa existente.

Taller de programación

Luego de los talleres teóricos, al final de la segunda jornada, el profesor de la Facultad de Ingeniería de la UM (FIUM), Ing. Gustavo Compagnone, brindó un taller teórico/práctico para que los participantes adquirieran herramientas básicas respecto a los diversos lenguajes de programación a partir de la realización de ejercicios prácticos.





TESINAS DE MASTERS

STEFANÍA L. SORRIBAS MUSI

Procedimiento de pequeñas causas para las relaciones de consumo
– ley n°18.507 ¿sus aspectos procesales redundan en una herramienta
beneficiosa al consumidor?

STEFANÍA L. SORRIBAS MUSI

Universidad de Montevideo (Uruguay)

s.sorribas@yahoo.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9546-2616>

Recibido: 30/10/2022 - Aceptado: 24/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Sorribas Musi, Stefania L. (2022). Procedimiento de pequeñas causas para las relaciones de consumo – ley n° 18.507

¿sus aspectos procesales redundan en una herramienta beneficiosa al consumidor?.

Revista de Derecho, 21 (42), 227-272. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.10>

Procedimiento de pequeñas causas para las relaciones de consumo – ley n° 18.507

227

¿sus aspectos procesales redundan en una herramienta beneficiosa al consumidor?

Resumen: En la presente investigación se efectúa un análisis de la Ley N° 18.507 “Defensa al consumidor”, considerando la misma junto con la Ley N° 17.250 “Ley de relaciones de consumo” y el Código General del Proceso.

En el decurso de ese estudio se considerarán especialmente los diversos aspectos procesales de dicha Ley, de forma de arribar como conclusión a responder la pregunta objeto del presente trabajo.

El estudio de jurisprudencia y la comparación de estadísticas de reclamaciones tramitadas en vía administrativa y de procedimientos iniciados en vía judicial al amparo de dicha normativa, complementan los fundamentos en los que me asiento para responder tal interrogante.

Asimismo, el trabajo incluye un análisis a nivel regional, lo que permite observar la buena posición en la que se encuentra nuestro país.

Palabras Clave: consumo, consumidor, proveedor.

Small claims procedure for consumer relations - law n° 18.507

do its procedural aspects result in a beneficial tool for the consumer?

Abstract: In the present investigation, an analysis of Law No. 18,507 “Consumer defense”, considering the same together with Law No. 17,250 “Consumer relations law” and the General Process Code. In the course of this study, the various procedural aspects of said Law will be considered in particular, in order to reach a conclusion to answer the question that is the object of this work.

The study of jurisprudence and the comparison of statistics of claims processed in administrative channels and procedures initiated in judicial channels under the protection of said regulations, complement the foundations on which I base myself to answer this question.

Also, the work includes an analysis at the regional level, which allows us to observe the good position in which our country is located.

Keywords: consumption, consumer, supplier.

Procedimento para pequenos litígios nas relações de consumo - lei n° 18.507

seus aspectos processuais resultam em uma ferramenta benéfica para o consumidor?

Resumo: Na presente investigação, analisa-se a Lei n° 18.507 “Defesa do consumidor”, considerando a mesma em conjunto com a Lei n° 17.250 “Direito das relações de consumo” e Código Geral de Processo. No decorrer deste estudo, serão considerados em particular os vários aspectos processuais da referida Lei, de forma a chegar a uma conclusão para responder à questão que é objecto deste trabalho.

O estudo da jurisprudência e a comparação das estatísticas das reclamações tramitadas nas vias administrativas e dos processos instaurados nas vias judiciais ao amparo da referida normativa, complementam os fundamentos em que me baseio para responder a esta questão.

Da mesma forma, o trabalho inclui uma análise em nível regional, o que nos permite observar a boa posição em que nosso país está localizado.

Palavras-chave: consumo, consumidor, fornecedor.



“El Derecho y el proceso no pueden quedar ajenos a su consideración y resolución. Porque, como dice el filósofo Legaz y Lacambra, el Derecho “o sirve para la vida o no sirve para nada”. Y el proceso – instrumento para hacer efectiva la vigencia del orden jurídico- importa la realización del Derecho”.

(Véscovi, 1978, p. 17)

“Las necesidades no se crean, existen, son, y la labor del jurista consiste en entenderlas y atenderlas, a efectos de lograr que el acceso a la justicia sea una realidad tangible para todos los habitantes de un país”.

(Paganini Y Weisz, 1995, p. 585)

1. Introducción

Con fecha 26 de junio de 2009 se promulgó la Ley de procedimiento de pequeñas causas en materia de relaciones de consumo, Ley N°18.507, que viene a regular un proceso judicial exclusivo para ese tipo de vínculo.

Dicha normativa presenta ciertas características que hacen sea identificada como beneficiosa, especialmente para una de las partes: el consumidor.

En este sentido, se destacan los bajos costos que le implican a la parte consumidora, especialmente por la no exigencia de asistencia letrada y el escaso monto en timbres que conlleva; así como también se distingue dicho proceso por su sumariedad.

No obstante, quien ocurre por esta vía debe cumplir previamente con ciertos requisitos, los que resumidamente son: existencia de una relación de consumo, que la cuantía no supere las 100 UR (Unidades Reajustables) y que no haya transcurrido más de un año desde el hecho generador objeto del reclamo.

En vía administrativa, la Unidad Defensa del Consumidor (en adelante UDECO), órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, en oportunidad de mediar en las audiencias que allí se celebran, y especialmente en aquellas que cierran con resultado desfavorable, es donde se advierte la gran trascendencia de la tarea que ejerce dicha Unidad: asesorar a la parte consumidora respecto a la existencia del proceso de la Ley N°18.507, su procedimiento y evacuarle todas las dudas que se le suscitan al consumidor respecto al mismo y más aún cuando uno hace alusión a la expresión “proceso judicial”.

Del mismo modo, acontecen casos donde primeramente los consumidores se presentan ante la vía judicial y los jueces los derivan a UDECO a efectos de cumplir previamente con la audiencia de mediación en vía administrativa.

Es en el marco de dicho asesoramiento recibido en vía administrativa que resulta fundamental transmitirle al consumidor los beneficios que conlleva este procedimiento, pero al mismo tiempo es sumamente necesario que tengan presente ciertas cuestiones, v. gr. el plazo de caducidad fijado por la norma; la legitimación pasiva: es decir, que en caso que una de las partes sea un particular deberá continuar por el proceso ordinario; que una vez que ingrese el expediente debe informarse respecto a la evolución del mismo, en efecto del decreto que fijará la audiencia la parte demandada será notificada personalmente pero él no; que él no requiere asistencia letrada pero para la contraparte ello es obligatorio; la no apelabilidad de la sentencia definitiva y qué alcance tiene ello.

Todas estas interrogantes que se le plantean a los consumidores, los diversos aspectos procesales que presenta la normativa de estudio, sus resultancias a partir del análisis de la jurisprudencia nacional sumado al comparativo con legislaciones extranjeras, me motivaron a la elección de esta temática.

Adicionalmente, son precisamente dichos aspectos, de los que sólo algunos se mencionaron ut supra, los que me conducen a cuestionarme respecto a si, pese a los aspectos positivos que se destacan para el consumidor, estamos efectivamente ante una norma tan benéfica para dicha parte, que además es la más débil dentro de la relación de consumo.

En definitiva, el interés que me genera la materia de defensa del consumidor, el cuestionamiento que se me plantea al analizar los aspectos procesales de la Ley N°18.507, me conducen a investigar en esta temática de forma de poder responder a tal interrogante; cumpliendo al mismo tiempo con la formalidad requerida de que, al realizar el Máster LL.M especializado en Derecho Procesal, la tesis deba orientarse hacia dicha rama.¹

230

2. Antecedentes

Cabe analizar aquí qué herramientas disponía el consumidor previo a la promulgación de la Ley objeto de estudio.

Así, **en el ámbito administrativo**, al igual que en la actualidad, **tiene a su alcance acudir ante UDECO**. Dicho Organismo es la autoridad nacional de fiscalización de la Ley N°17.250 (en adelante LRC), ello sin perjuicio de las competencias constitucionales y legales que tienen atribuidas otros órganos o entes públicos; ello de conformidad al artículo 40 de la referida Ley.

1 La elección del presente tema obedece plenamente a la experiencia profesional. En julio de 2009 ingresé a trabajar en el Área Defensa del Consumidor, Dirección General de Comercio, Unidad dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas; hoy Unidad Defensa del Consumidor, órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas en virtud de lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley N° 19.996. Primeramente, desempeñé funciones en calidad de Asesora en el Depto. de Atención al Consumidor de Productos y Servicios No Financieros, siendo Coordinadora del Sector Web (uno de los canales por los cuales el Área recibe consultas y reclamaciones) y, desde abril de 2018 a junio de 2020 formé parte de la Asesoría Jurídica, trabajando asimismo en forma conjunta con el Encargado de Despacho del Área en materia de asuntos internacionales. Desde junio 2020 a la fecha trabajo en la URSEC desempeñando funciones en el Depto. de Asuntos Jurídicos. Si bien dicho Organismo no es la autoridad nacional de contralor del cumplimiento de la Ley N°17.250, sí detenta potestades en dicha materia en virtud de lo establecido en el artículo 73 lit. S) de la Ley N°17.296 en la redacción dada por el artículo 259 de la Ley N°19.889, además de ser el Regulador en materia de telecomunicaciones y postales, así como de los respectivos operadores; por lo que, si bien me encuentro ampliando mi horizonte profesional, especializándome ahora en telecomunicaciones, continúo vinculada a la temática de defensa del consumidor.

En el ejercicio de tal potestad, brinda asesoramiento a los consumidores, así como también media con los proveedores en aras de buscar una solución a los reclamos de los primeros cuando, de su relato, emerge una infracción a la normativa de protección al consumidor cometida por la empresa.

Si esa primera instancia de mediación que no es presencial resulta infructuosa, entonces se activa el mecanismo previsto por el artículo 42 lit. F):

Citar a los proveedores a solicitud del o de los consumidores afectados, a una audiencia administrativa que tendrá por finalidad tentar el acuerdo entre las partes. Sin perjuicio de ello, en general, podrá auspiciar mecanismos de conciliación y mediación para la solución de los conflictos que se planteen entre los particulares en relación a los temas de su competencia. La incomparecencia del citado a una audiencia administrativa se tendrá como presunción simple en su contra. Asimismo, la falta de comparecencia en tiempo y forma, que no sea debidamente justificada, será sancionada con una multa que no podrá exceder el equivalente a UR 50 (cincuenta unidades reajustables), la que deberá graduarse en función de los antecedentes y de la capacidad económica del proveedor. El Área Defensa del Consumidor quedará facultada a poner en conocimiento de los consumidores en general, por los medios que estime pertinentes aquellos casos de incomparecencia injustificada del citado a, al menos, dos audiencias administrativas, a las que hubiere sido convocado en los dos últimos años. Asimismo, el Área Defensa del Consumidor podrá dar a publicidad aquellos casos en que se hubieren aplicado sanciones administrativas por incumplimiento de las previsiones de esta ley.

Del mismo modo se podrá publicar el resultado de las audiencias administrativas que se celebren en el Área Defensa del Consumidor.

En lo que a URSEC concierne, desde diciembre 2020, aquel consumidor que desee reclamarle a un proveedor cuyo giro sea en el ramo de telecomunicaciones o postal, dispone también de un procedimiento para hacer llegar su reclamación al proveedor, así como también arribar a una mediación entre ambas partes con la intermediación de dicho Regulador.

Ahora, centrándonos **en la esfera judicial** que es precisamente el objeto del presente trabajo, cabe decir que **el consumidor disponía exclusivamente del proceso ordinario** para tramitar sus reclamaciones las que, acorde a su cuantía, tramitarían a través de los Juzgados de Paz o los Civiles de Primera Instancia empero en cualquiera de dichas situaciones, la doctrina es conteste al afirmar que **los plazos excesivos y los costos que todo proceso conllevan, conducen inmediatamente a los consumidores a desistir de tal iniciativa**. Como lo explica la Dra. Dora Szafir:

cuando la reclamación no tiene un contenido patrimonial significativo, el consumidor se resigna a su suerte, porque frente a un procedimiento largo, con asistencia letrada obligatoria, resulta más oneroso reclamar que no hacerlo.

Estos abusos por un monto pequeño en cada relación de consumo, sabiendo que no tendrán reclamos por lo dispendiosos que éstos resultan, generan ganancias inimaginables” (Szafir, 2009, p. 19).

3. Análisis exegético de la ley n° 18.507

3.1 Aspectos generales

El artículo 11.1 del CGP ordena que

cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

Si nos atenemos a la ley especial, debemos remitirnos al **artículo 6 de la LRC**, norma que consagra como uno de los derechos básicos de los consumidores “*El acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces, en los términos previstos en los capítulos respectivos de la presente ley*” (lit. g).

Si tuviéramos que sintetizar lo que viene de decirse diríamos que todo consumidor tiene derecho a tener “su día ante el Tribunal”. Sin embargo, la Ley N° 18.507 no vino a otorgarle tal derecho a los consumidores pues, como ya se dijo más arriba, el consumidor como cualquier habitante, tenía a su disposición el proceso ordinario. No obstante, si nos centramos en reclamos de poca cuantía, la característica de “ágil” y “eficaz” según la terminología que emplea la LRC, nos coloca ante un derecho básico existente en la teoría pero utópico en la práctica.

232 ■ Sin saber aún si este procedimiento es tan beneficioso para el consumidor como la mayoría entiende, **no cabe duda que sí instauró un mecanismo ágil y eficaz.**

En este sentido, los principios de celeridad y economía procesal son los primeros en vislumbrarse. Creo el principio más latente en este procedimiento es el de concentración procesal, que si bien rige para todos los procesos, los plazos fijados en este en particular marcan fuertemente su presencia.

Y luego, sin perjuicio que más adelante se ahondará al respecto, si nos centramos en el rol que pasa a tener el juez aquí, el principio de intermediación y dirección del proceso, dicen presente más que nunca.

3.2 Ámbito de aplicación de la Ley

El ámbito de aplicación está determinado por el **artículo 1** que bajo el título “Competencia” determina lo siguiente:

las pretensiones referidas a relaciones de consumo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N° 17.250, de 11 de agosto de 2000, en las que el valor total de lo reclamado en la demanda no supere el valor equivalente a 100 UR (cien unidades reajustables) se formularán ante el Juzgado de Paz que corresponda conforme a los criterios legales de asignación de competencia previstos por la Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985 y sus modificativas y se tramitarán por el procedimiento que se establece en el artículo 2° de la presente ley.

De lo expuesto emerge entonces que **los requisitos para acceder a este proceso son solamente dos: la existencia de una relación de consumo y que el quantum reclamado no supere las 100 UR (unidades reajustables).**

Para tener la certeza respecto a si estamos ante una relación de consumo, la Ley remite al artículo 1 de la LRC pero el mismo sólo se limita a expresar que dicha normativa es de orden público y tiene por objeto regular las relaciones de consumo. Entiendo debió referirse al artículo 4 que es el que contiene la definición de relación de consumo:

es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo.

Es decir que **la relación de consumo es aquella que se traba entre un consumidor que adquiere un producto o contrata un servicio, contra un precio, a un proveedor, para utilizarlo como destinatario final.**

El elemento onerosidad no siempre es esencial por cuanto, si la entrega de ese producto o servicio fue gratuita, siempre que ello haya acontecido en virtud de una relación de consumo, nos coloca también ante tal vínculo.

Lo que viene de decirse conlleva a la necesidad de definir consumidor y proveedor, conceptos que reservaré para más adelante en oportunidad de estudiar la legitimación en el presente proceso.

Luego, la Ley fija un tope en la cuantía que se puede reclamar a través de esta vía y lo hace en 100 UR.

Cabe traer a colación en este punto las afirmaciones de Jorge Perera:

el asunto previsto en el marco de la ley N°18.507 se inscribe dentro de lo que ha dado en llamarse con gran universalidad “pequeñas causas”, denominación totalmente equivocada ya que como enseñaba Gelsi Bidart “no hay causa pequeña, porque lo que importa no es la causa, sino las personas involucradas en ella”. (1) El criterio es meramente económico (cuantía) y se olvida que como decía el Maestro citado, la importancia económica varía según el sujeto y el criterio del legislador fijado a priori, no es padrón válido para medir la significación jurídica de la cuestión” (Perera, 2011, La Ley. Cita Online: UY/DOC/159/2011).

Coincidiendo con Perera respecto a la crítica que hace al título dado a la normativa en estudio, acierta al decir que la importancia económica resulta ser un aspecto totalmente subjetivo. Del mismo modo, y en concordancia a sus expresiones, aquí fue un criterio que el legislador fijó a priori y lo hizo en la suma de 100 UR. Era imperioso definir la cuantía, de lo contrario ¿cuál era la innovación de este proceso?

3.3 Legitimación

Si el ámbito de aplicación de este procedimiento se enmarca en las relaciones de consumo pues entonces, **a priori, la legitimación activa y pasiva la tendrán quienes encuadren en el concepto de consumidor y proveedor respectivamente.**

Debemos remitirnos entonces a los **artículos 2 y 3 de la LRC:**

Artículo 2: Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.

Artículo 3: Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.

Es consumidor entonces aquella persona que, en el marco de una relación de consumo, adquiere un producto o un servicio, para utilizar el mismo como destinatario final.

El concepto parece simple cuando se trata de una persona física pero no olvidemos que la Ley incluye también a las personas jurídicas, por lo tanto siendo así, **una empresa también podría ser actor en el proceso regulado por la Ley N°18.507.** Ahora, cabe delimitar qué tipo de empresas. No importa aquí ante qué tipo de sociedad comercial nos encontremos sino que lo fundamental es que su adquisición haya sido para sí y que el producto y/o servicio adquirido no tenga por fin su inclusión en el proceso de producción, transformación o comercialización; ello por cuanto **resulta clave para ser consumidor revestir la calidad de destinatario final.** A tales efectos, dos cuestiones resultan ser esenciales: qué producto y/o servicio se adquirió y cuál es el giro de la empresa.

A fin de delimitar ello, las situaciones que pueden plantearse no siempre resultan ser sencillas. Veamos un par de ejemplos. Una sociedad anónima que compró un repuesto para vehículo en el entendido – según la información que le brindaron en la oferta – que le iba a ser de utilidad para su fin y luego ello no resulta así y quiere reclamar al proveedor donde lo compró y entre su giro encontramos “mecánica, reparación de vehículos e importación de repuestos”; pues claramente no reviste la calidad de consumidor final. Ahora, qué ocurre en el caso de una empresa unipersonal – profesional independiente – que gira en el rubro “arquitectura” y adquiere una licencia de un software que permite elaborar planos en 3D. Pues en este último caso, lo primero que me planteo es que claramente lo integrará en su proceso de producción; sin embargo, si nos detenemos en que lo compró para sí, esto es como destinatario final, pues entonces encuadra en el concepto de consumidor.

La Dra. Szafir al analizar dicho concepto afirma

la ratio legis es la debilidad negocial, la que se protege en forma objetiva, sin entrar en estas diquisiciones. Aquellos que plantean estas interpretaciones, estableciendo

categorías o cualidades, deberían ser congruentes con sus propios postulados en el sentido que si la ley no distingue, tampoco debe hacerlo el intérprete ... la norma define a la relación de consumo como el vínculo entre un proveedor y quien adquiere o utiliza como destinatario final un producto o servicio, repitiendo la terminología del artículo 2. Si repite ese concepto no se vislumbra como puede extraerse del artículo 4 una noción diferente, en el sentido de otorgar trascendencia a la finalidad de satisfacer sus necesidades ... En suma, frente a una ley tuitiva ¿por qué en lugar de sacarle provecho y lograr soluciones de justicia, se la intenta reducir a su mínima expresión?” (Szafir, 2009, p. 20).

Si bien se ajusta a la realidad el hecho de que el fin de esta norma es la protección al más débil en la relación de consumo y reiterando que cuando se analiza si una persona jurídica encuadra o no en el concepto de consumidor se debe procurar adoptar un criterio amplio, lo cierto es que la Ley puso un límite y, precisamente, con el mismo la Ley está distinguiendo y, si la Ley lo hace, el intérprete no puede desatenderlo. El límite está en ser destinatario final y en no integrar el producto adquirido en ninguno de los procesos a los que hace referencia el artículo 2 inc. 2°. Si esa no fuera la intención del legislador entonces consumidor sería toda persona física o jurídica que adquiriera un producto o un servicio a un proveedor; no obstante, la Ley agrega a ello “como destinatario final”, agregando en el segundo inciso otro límite al concepto.

La normativa vigente con la que contamos es esta, desde su aprobación y a través de leyes de rendición de cuentas y de presupuesto nacional (Ley N°19.149 promulgada el 24/10/2013, N°19.355 promulgada el 19/12/2015 y Ley N°19.924 del 18/12/2020) se le han hecho modificaciones y agregados, **quizás a más de 20 años de su aprobación sea momento de actualizarla, por ejemplo adecuando el concepto de consumidor al del resto de la región.**

Ahora bien, **habiendo analizado la hipótesis en que el actor sea el consumidor y el demandado el proveedor, corresponde también traer a colación la postura de quienes entienden que ello no siempre tiene que ser así.** En este sentido, Fernando Gómez Pardo y Luján Gómez García expresan:

dado que tanto el consumidor como el proveedor pueden estar en la posición de acreedor y deudor en una relación de consumo, ambos podrían estar legitimados para iniciar un proceso de pequeñas causas.

La ley en ningún momento impide que el proveedor pueda iniciar una acción bajo esta estructura procesal ...

En la exposición de motivos se sostiene que “Nuestro país cuenta con un moderno Código Procesal, pero carece de procedimientos con trámites breves y simples que permitan resolver con celeridad y poco costo las causas sobre relaciones de consumo, cuya cuantía por ser mínima no justifica la promoción de un proceso ordinario con sus ritualidades”. Este concepto se aplica tanto a las pretensiones de consumidores como a la de los proveedores...

En el caso de los proveedores, el uso de esta estructura procesal no será tan útil como para los consumidores. En la mayoría de las situaciones, probablemente el proveedor tenga un título ejecutivo. Ello le permitirá tramitar su reclamo a través de un proceso

ejecutivo, obteniendo un embargo de manera más rápida, dado que el juez lo decretará en la providencia inicial ...” (Gómez Pardo. Gómez García, 2011, p. 158 – 160).

Entiendo que, **aunque no se condice con el fin de la creación de esta Ley ni con lo que acontece en la práctica, al ser un proceso en causas originadas en las relaciones de consumo, es una postura totalmente respetable.**

En otro orden, surge la interrogante sobre si pudiera reclamar un grupo de personas.

En el ámbito del CGP nos encontramos con el artículo 42 que refiere a la posibilidad de accionar en materia de intereses difusos, esto es ante un grupo que además es indeterminado, he aquí el término difuso. En lo que a la legitimación concierne, varias han sido las soluciones en el derecho comparado: en ocasiones se ha planteado que tal rol lo asuma el Ministerio Público o quien haga sus veces, en otros países se tiene la figura del “ombudsman”.

La evolución – que no tenemos tiempo de analizar – ha sido muy grande y el prestigio de la institución creciente, especialmente con ciertos titulares que han sido famosos. Ha existido un “justiticoombudsman”, como un “militicombudsman”, con especialización en asuntos judiciales y militares respectivamente. Por último y más recientemente se registra la creación del “konsumentombudman”, para actuar en la defensa de los consumidores en la nueva “Corte del Mercado” (Vescovi, 1978, p. 19).

Conforme a nuestra realidad, lo cierto es que tal accionar se limita exclusivamente a intereses difusos y procede por vía ordinaria.

En materia de defensa del consumidor **no existen en Uruguay las acciones colectivas**, instrumento que sí dispone SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor) en Chile, a través del cual se obtienen magníficos resultados. Así, en dicho país el juicio colectivo puede ser iniciado por: el Servicio Nacional del Consumidor, una Asociación de Consumidores o un grupo de 50 o más consumidores afectados por un mismo problema de consumo.

La gran particularidad de dicho procedimiento es el efecto erga omnes de la sentencia, es decir que beneficia a todos los consumidores afectados por los mismos hechos.

Relevante en este procedimiento es el efecto erga omnes, lo que implica que la sentencia que se dicte por el Tribunal o el acuerdo conciliatorio que se apruebe, beneficia a todos los consumidores que fueron afectados por los mismos hechos.

Retomando la realidad de nuestro país, que un grupo de personas reclame por el proceso de la Ley N°18.507 si bien es posible en la teoría, resulta claramente inviable dado el tope de cuantía.

Por otro lado, invistiendo el **proveedor la legitimación pasiva**, constando su definición más arriba, cabe precisar que a diferencia del consumidor, si bien su noción no trae mayores debates, **su universo también resulta ser bastante amplio**. Así, es proveedor toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, estatal o no estatal, **siendo la clave que desarrolle su actividad de manera profesional.**

Recién mencionaba que en lo que al concepto refiere, revestir la calidad de proveedor no conlleva mayores dificultades. Ahora, en oportunidad de reclamar, notificarlo sí puede transformarse en un caos si tomamos en cuenta que hoy el comercio tradicional está siendo trasladado por el comercio electrónico; dada la trascendencia de esta situación que va en aumento día a día, dedicaré un capítulo sobre ello más adelante.

3.4 Juez competente

De acuerdo con el **artículo 1** transcripto ut supra, son competentes los Juzgados de Paz que correspondan según los criterios enmarcados en la Ley de Organización de los Tribunales N°15.750 (LOT).

Partiendo del tope de cuantía que establece la Ley N°18.507, **la solución es coherente con lo dispuesto por el artículo 72 de la LOT.**

Si bien la Ley en estudio es del año 2009, habiendo transcurrido 13 años, **sigue estando lejos la posibilidad de que se creen Juzgados especializados en la materia;** máxime con la necesidad actual de crear más Juzgados especializados en Violencia de Género y el desborde existente en materia penal tras la reforma del CPP.

Sin embargo, en concordancia con parte de la doctrina, sí entiendo que pese al tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley, **se hace necesario ahondar en la especialización en materia de protección al consumidor.**

La Dra. Mirta Morales en su trabajo escrito a 2 años de la entrada en vigencia de la Ley, concluía *“3. Pese a comenzar a apreciarse un avance en los Juzgados en cuanto a la aplicación de las normas tuitivas y específicas en materia de relaciones de consumo, se sigue apreciando de forma recurrente, un alarmante desconocimiento de las mismas por parte de los operadores del derecho – vale decir abogados y magistrados –”* (Morales, 2011, p. 98).

En la misma línea, luego de afirmar que la competencia de este proceso esté a cargo de los Juzgados de Paz sea la solución más adecuada, no creando Sedes especializadas en la materia, los Dres. Santiago Pereira Campos y Clarisa Rodríguez han expresado:

incluso estudios recientes demuestran que, a pesar de haberse cumplido más de ocho años de vigencia de la LRC que introdujo trascendentes modificaciones en el régimen jurídico contractual entre proveedores y consumidores, continúa siendo en gran medida desconocida por éstos, aún ante varias campañas de difusión realizadas. Consecuentemente es de esperar que probablemente, en un principio, no exista un número tan elevado de reclamaciones que justifique la creación de juzgados especializados (Pereira Campos. Rodríguez, 2009, p. 14 – 15).

Con gran acierto escribieron tales palabras, obsérvese que en el año 2010 – año siguiente al de la promulgación de la Ley – sólo 27 casos fueron ingresados a la ORDA bajo el asunto “Relaciones de Consumo de la Ley 18.507”. Si bien en el 2018 creció a 325, claramente no se ha presentado una “avalancha” de procesos tramitados por esta vía ... ¿por qué será?

3.5. Procedimiento

3.5.1. Solicitud de audiencia. Primer Decreto de la Sede. Notificaciones.

El procedimiento está regulado en el **artículo 2**, el que comienza ordenando lo siguiente:

el reclamante presentará su solicitud de audiencia ante el Juzgado competente en un formulario donde consten los datos requeridos por el artículo 117 del Código General del Proceso y, especialmente, el monto máximo a reclamar.

Recibida la solicitud, el Juez fijará dentro de las cuarenta y ocho horas una audiencia, que deberá realizarse en un plazo máximo de treinta días.

El reclamante tendrá la carga de comparecer a notificarse de la audiencia fijada so pena de tenerlo por notificado, y al demandado se le notificará personalmente”.

Como se observa, en ningún momento se habla de demanda. **El consumidor debe presentar su reclamo junto a la solicitud de audiencia con los datos que exige el artículo 117 CGP.** Es decir que nos encontramos ante una persona que iniciará un juicio sin asistencia letrada – como más adelante se verá – no obstante, para hacerlo, su solicitud debe ajustarse a los requerimientos de la norma antedicha.

No me parece una solución oportuna. Sin embargo, en la práctica tal cuestión se subsana por cuanto el formulario al que la Ley hace referencia contiene en sus campos cada uno de los requisitos que se le exigen. A ello se suma que en el caso de consumidores que previamente se presentaron ante las oficinas de UDECO y culminaron con una audiencia desfavorable, disponen del asesoramiento que los funcionarios les brindan al finalizar tal instancia junto al instructivo explicativo del proceso de la Ley N°18.507 disponible en la web de dicho Organismo. También corresponde destacar la buena predisposición de los funcionarios de la ORDA orientando a los consumidores que se presentan a ingresar este tipo de asuntos.

Formado entonces el expediente e ingresado en el Juzgado de Paz competente, **el magistrado dispone de 48 horas para fijar la audiencia, la que deberá celebrarse en un plazo máximo de 30 días.**

Podríamos decir a prima facie, que de conformidad con el artículo 196 del CGP, dicho Decreto es claramente una providencia de mero trámite. Sin embargo, si consideramos que estamos ante un proceso social (artículo 350 del CGP), me quedan mis dudas si es tan evidente lo afirmado anteriormente y **me inclino por pensar que en realidad se trata de una interlocutoria.**

Luego, el hecho de **fijar un plazo máximo para la celebración de la audiencia es coherente con el espíritu de la Ley: brindar un proceso sumario.** El mismo objetivo tiene la Ley de Amparo N°16.011 y por ello es que en su artículo 6 ordena a que se convoque a audiencia dentro del plazo de 3 días desde la presentación de la demanda. Obviamente que el plazo tan exiguo en este último caso obedece a la urgencia de las peticiones que tramitan por dicha vía.

Se advierte que en esa vorágine de cumplir con la celeridad de este proceso, **no existe traslado de la demanda.** Se podría afirmar a **prima facie** que **ello le es indiferente al consumidor y que por el contrario lo beneficia** pues, cuanto antes, por fin accederá a “su

día ante el Tribunal”. Sin embargo, **analizado con mayor detenimiento, no creo exista tal beneficio**. El consumidor en breve sí concurrirá a la audiencia pero es recién en ese momento que tendrá conocimiento de la versión de la otra parte, la que además estará reforzada por los fundamentos de derecho que expondrá el proveedor demandado junto a la prueba que aportará para acreditar sus dichos; todo lo cual sí fue preparado por un abogado, a diferencia del caso del consumidor que haya comparecido, recurriendo “al gran beneficio” que la Ley le otorga según muchos, de ir sin asistencia letrada.

El artículo 2.1 termina imponiendo al reclamante la carga de notificarse de la audiencia so pena de tenerlo por notificado, mientras que el demandado es notificado personalmente, advirtiéndose que no existe un plazo previsto entre tal notificación y la realización de la audiencia.

Desde el punto de vista jurídico, **se aparta de lo previsto en el artículo 87 nral. 4 del CGP pero además desde el punto de vista de la jurisprudencia, dicho extremo acontece también en el proceso de menor cuantía en materia laboral y ha sido objeto de inconstitucionalidad**. Así, en la Sentencia N°221/2010 la parte demandada alegaba

la Ley deja un plazo indeterminado al empleador demandado para preparar su contestación y articular sus defensas. El Juez debe convocar a una audiencia única, en plazo no mayor a diez días contados desde la fecha de presentación de la demanda, con lo cual, el término del plazo del demandado depende en definitiva del plazo que utilice el Juez, y de la celeridad de la Oficina para diligenciar los trámites administrativos, cedulón de notificación y ejecución de la misma. La clara consecuencia, es la incertidumbre.

La vulneración del principio de igualdad se da al discriminar y disminuir las garantías del demandado en el juicio laboral. Ambas partes tienen el derecho constitucional que impide por la vía legal un tratamiento discriminatorio.

239

Y la Corte a fin de declarar inconstitucional los artículos 21 y 22 inc. 2° de la Ley N°18.572 afirmaba:

es claro entonces que en este proceso no hay plazo entre emplazamiento y audiencia; el juez ordena el traslado y emplazamiento del demandado para la audiencia única, a la que debe concurrir a contestar la demanda, munido de toda la prueba; no concediéndosele plazo alguno de anticipación, cuando para la conciliación debe contar por lo menos con tres días.

No es que se deje de lado por completo el concepto de plazo razonable, lo que constituye una verdadera garantía mínima del debido proceso, sino que directamente no se fija ningún plazo, no hay un mínimo plazo legal, se dejó indeterminado. Al no fijarse un plazo, pueden verificarse graves iniquidades, tales como que llegue la citación para la audiencia un día antes, o dos, o el mismo día, o el día después, lo que en este caso sería una suerte para el demandado, porque podrá justificar la inasistencia.

En opinión de Pereira Campos –(Revista cit. p. 75)- en esta Ley:

Se impone a la parte la carga de ir a la audiencia “munido” de toda la prueba que pretenda ofrecer (art. 21 nral. 1). Tal exigencia vulnera el debido proceso en uno de sus contenidos esenciales: disponer de oportunidad razonable de presentar y ofrecer prueba y que la misma efectivamente se diligencie. En efecto, es inaceptable para los

cánones constitucionales del debido proceso que se imponga a la parte la carga de llevar a la audiencia la prueba que no está en su esfera de acción. Así, por ejemplo, la parte no puede obligar a un testigo a comparecer (sólo el tribunal dispone de medios para ello), la parte no puede obligar a un perito a aceptar un encargo y realizarlo en escasos días u horas, la parte no puede obligar a un ente público o privado a que responda un oficio en los plazos que la Ley pretende.

En definitiva, **la celeridad plasmada en este artículo nos coloca ante graves perjuicios para ambas partes**: en el caso del demandado, su plazo de defensa queda librado a la agenda del magistrado y la eficiencia del notificador y, para el caso del actor, su falta de control -en la mayoría de los casos seguramente por inexperiencia- lo coloca en la situación de tenerlo por notificado y por desistido de su pretensión ante su incomparecencia de total buena fe.

3.5.2 La notificación al proveedor que opera en el comercio electrónico

Hoy día las relaciones de consumo dejaron de ser exclusivamente aquellas que veíamos en el comercio tradicional, es decir aquellas donde el consumidor concurre al local comercial, compra y se va con su producto o con el servicio que le interesa contratado. **Este tipo de comercio cada día se encuentra más desplazado por el e-commerce.** Y precisamente dentro de “ese mundo” encontramos las múltiples apps con las que todos operamos día a día las que, para descargarlas con prisa, muchos aceptan sin leer previamente sus términos y condiciones.

Pues veamos a continuación las grandes dificultades que pueden llegar a suscitarse en oportunidad de querer hacer llegar un reclamo a estos proveedores.

A tales efectos me gustaría traer a colación las cláusulas referentes al domicilio y la jurisdicción de algunas apps que operan hoy día.

PEDIDOS YA

Definiciones

““Nosotros”, “Nuestro”, y “PedidosYa”, siempre que se haga referencia a los vocablos, se está haciendo referencia directa a la sociedad Aravo S.A., RUT 216639270017, con domicilio en La Cumparsita 1475, ciudad de Montevideo y sus sociedades vinculadas.” (https://www.pedidosya.com.uy/about/tyc_generals).

Ley aplicable

“Al visitar el Portal, el Usuario acepta que las leyes de la República Oriental del Uruguay, independientemente de los principios de conflicto de leyes, regirán estos Términos y Condiciones, así como cualquier controversia, de cualquier tipo, que pudiera surgir entre el Usuario y PedidosYa.” (https://www.pedidosya.com.uy/about/tyc_generals).

RAPPI

“BRISANIER S.A (en adelante, “RAPPI”), con R.U.T. 218175850017, con domicilio en la ciudad de Montevideo, es el administrador de la Plataforma.” (<https://legal.rappi.com/uruguay/terminos-y-condiciones-de-uso-de-plataforma-rappi>).

“CLAUSULA DECIMO TERCERA: Notificaciones

13.1. RAPPI podrá realizar las notificaciones al Usuario a través de una notificación general en la Plataforma, a través de mensajes de texto, y a la dirección de correo electrónico facilitada por el Usuario en su Cuenta. El Usuario podrá comunicarse con RAPPI mediante el envío de un correo electrónico a la dirección datospersonalesuy@rappi.com”.

“CLAUSULA DECIMO SEXTA: Ley Aplicable y Jurisdicción

16.1. Las presentes Términos y Condiciones Generales, así como la relación entre RAPPI y el Usuario, se regirán e interpretarán con arreglo a la legislación vigente en la República Oriental del Uruguay. Cualquier controversia derivada de la utilización de la Plataforma y de los presentes Términos y Condiciones Generales, su existencia, validez, interpretación, alcance o cumplimiento, será sometida ante los órganos del Poder Judicial del departamento de Montevideo.

UBER

Otras disposiciones

Notificaciones

Uber podrá notificar por medio de una notificación general en los Servicios, mediante un correo electrónico enviado a su dirección electrónica en su Cuenta o por comunicación escrita enviada a su dirección, según lo dispuesto en su Cuenta. Usted podrá notificar a Uber por comunicación escrita a la dirección de Uber en Mr. Treublaan 7, 1097 DP, Ámsterdam, Países Bajos” (<https://www.uber.com/legal/es/document/?name=general-terms-of-use&country=uruguay&lang=es>).

Legislación aplicable y arbitraje

“Salvo que aquí se especifique lo contrario, las presentes Condiciones se regirán e interpretarán exclusivamente en virtud de la legislación de los Países Bajos, con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes ...” (<https://www.uber.com/legal/es/document/?name=general-terms-of-use&country=uruguay&lang=es>).

DESPEGAR

“Los términos “DESPEGAR”, “DESPEGAR.COM”, “nosotros” y “nuestro” se refieren a HOLIDAYS S.A. El término “Usted”, se refiere al usuario de los servicios que ofrece DESPEGAR.COM. a través del sitio web www.despegar.com.uy y/o de la aplicación de DESPEGAR para teléfonos celulares y/o a través de cualquier otro canal de comercialización utilizado actualmente o que utilice en el futuro DESPEGAR.COM

para ofrecer Servicios (la/s “Plataforma/s”)” (<https://www.despegar.com.uy/legales/terminos-y-condiciones>).

“DESPEGAR.COM URUGUAY es una agencia de viajes debidamente constituida bajo el registro de Operadores del Ministerio de Turismo, agencia registrada con el número 1572, cuya plataforma tecnológica permite a una gran cantidad de prestadores de servicios turísticos (el/los “Proveedor/es”) ofrecer y comercializar sus servicios hacia los usuarios, quienes a su vez pueden procurar averiguaciones sobre vuelos, alojamientos, autos, cruceros, actividades y demás servicios turísticos (el/los “Servicio/s Turístico/s”), comparar y reservar dichas prestaciones en tiempo real, y adquirirlas por separado o combinadas, armando y gestionando su propio viaje, de conformidad con sus necesidades personales” (<https://www.despegar.com.uy/legales/terminos-y-condiciones>).

“Al contratar Servicios Turísticos a través de DESPEGAR.COM, Usted garantiza que: (i) es mayor de edad o se encuentra debidamente representado.; (ii) acepta expresamente la recepción de estos Términos y Condiciones como medio alternativo de comunicación al soporte físico; (iii) posee plena capacidad para celebrar contratos en un todo de acuerdo al Código Civil Uruguayo; (iv) solo utiliza la Plataforma de DESPEGAR.COM para reservar o contratar Servicios Turísticos para Usted y/o para otra persona para quien Usted tenga autorización de actuar a tales efectos.; (v) en caso de adquirir servicios con destino/escala Cuba, no es ciudadano ni residente Norteamericano, ni se encuentra sujeto a la jurisdicción de Estados Unidos; y (vi) toda la información que Usted brinda a DESPEGAR es verídica, exacta, actual y completa y es enteramente responsable por el contenido de la misma y sus características” (<https://www.despegar.com.uy/legales/terminos-y-condiciones>).

242

BOOKING.COM

Legislación y fuero aplicable

1. En la medida en que lo permita la legislación local obligatoria (del consumidor), estos Términos y nuestros servicios se registrarán por la legislación holandesa (para alojamientos, vuelos o atracciones turísticas) o la legislación inglesa (para alquiler de coches y transporte público y privado).

2. En la medida en que lo permita la legislación local obligatoria (del consumidor), cualquier reclamación se someterá exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales competentes de Ámsterdam (para alojamientos, vuelos o atracciones turísticas) o de Inglaterra y Gales (para alquiler de coches y transporte público y privado).

AIRBNB

“27.5 Notificaciones. Salvo que se indique lo contrario, cualquier aviso y demás comunicaciones destinadas a los Miembros, necesarias o permitidas al tenor del presente Contrato, tendrán lugares por vía electrónica y serán entregadas por parte de Airbnb mediante correo electrónico, mediante notificación en la Plataforma Airbnb o por mensaje (incluido SMS y WeChat) o cualquier otro método de contacto que le autoricemos y usted proporcione. Si una notificación se relaciona con una reservación o un Anuncio en Japón, usted acepta y reconoce que dichas notificaciones por vía electrónica se hacen en

sustitución de una comunicación por escrito, que cumplen las obligaciones de Airbnb derivadas del Artículo 59, párrafo 1, de la Ley Japonesa relativa a Alojamiento en casas.” (<https://es-l.airbnb.com/help/article/2908#26>).

“26. Resolución de controversias, jurisdicción y foro y legislación aplicable para el resto del mundo. Si reside fuera de Estados Unidos, China y Brasil la presente Sección se aplica a usted y estos Términos se interpretarán de conformidad con la legislación irlandesa. Queda excluida la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés). Si usted actúa como un consumidor individual y si las regulaciones legales obligatorias de protección del consumidor en su país de residencia contienen disposiciones que son más beneficiosas para usted, dichas disposiciones se aplicarán independientemente de la elección de la ley irlandesa. Como consumidor individual, usted puede interponer cualquier procedimiento judicial relacionado con estos Términos ante el tribunal competente de su lugar de residencia o ante el tribunal competente del domicilio social de Airbnb en Irlanda. Si Airbnb desea ejecutar alguno de sus derechos contra usted como consumidor, podremos actuar de tal manera únicamente en los tribunales de la jurisdicción en la que usted resida. Si actúa en calidad de empresa comercial, usted acepta someterse a la competencia exclusiva de los tribunales irlandeses.” (<https://es-l.airbnb.com/help/article/2908#26>).

Las apps a las que hice referencia son solo algunas de las que están activas hoy día. Sin embargo, su número se reduce si nos referimos a proveedores a los que quisiéramos iniciarle un proceso vía Ley N°18.507.

Así, véase que solo en el caso de Pedidos Ya lo podríamos hacer.

En lo que respecta a Uber solo podríamos reclamarle a la plataforma de transporte de pasajeros previo Oficio a la Intendencia de Montevideo a fin de que nos proporcione su dirección. Lo mismo sucede con Despegar que, como se vio, aporta su razón social y su número de registro en el Ministerio de Turismo pero no disponemos ni de su dirección ni tampoco de un teléfono de contacto.

Luego, en el caso de Booking, según el tipo de servicio, será aplicable la jurisdicción de los tribunales de Ámsterdam o de Inglaterra y Gales. Y, en el caso de Airbnb, será tribunal competente el del lugar de residencia o ante el tribunal competente del domicilio social de Airbnb en Irlanda, ahora de optar por el lugar de residencia ¿dónde los notificamos? Haciéndolo a los domicilios que aportan, obviamente cae por sí sola la vía de la Ley N°18.507.

3.5.3. La audiencia

El artículo 2.2 en su primer inciso ordena lo siguiente:

“La audiencia será pública y el Juez comenzará oyendo a las partes por su orden, las que formularán sus respectivas proposiciones y ofrecerán prueba”.

No hay mayores particularidades al respecto. No habiendo traslado de la demanda, en vez de ratificar las partes lo expuesto en sus respectivos escritos, aquí **se escuchan a ambos por su orden. El consumidor reiterará lo expuesto en el formulario presentado**

y el demandado por primera vez expondrá sus hechos los que, siendo alegados por un abogado, serán acompañados de sus respectivos fundamentos de derecho.

Se hace alusión a que también es en esta oportunidad que ofrecerán prueba. Por ser los más corrientes, seguramente los medios de prueba que ofrezca el consumidor serán los documentales que acrediten la relación de consumo y testigos que tenga respecto a lo reclamado. Por su parte, el proveedor, parte más fuerte en la relación de consumo y además asistida por un letrado, caerá seguramente con mayores medios probatorios.

Los medios de prueba ofrecidos por una y otra parte, serán analizados en profundidad cuando se estudie específicamente la jurisprudencia.

Continúa la norma de la siguiente manera: *“Acto seguido se tentará la conciliación y, de lograrse ésta, se labrará un acta resumida, dictándose la providencia que la homologue, la que tendrá los mismos efectos que la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada”*.

Sin perjuicio de referirse a la conciliación intraprocesal, corresponde hacer una breve mención a la conciliación previa, acto procesal por el que se da cumplimiento al mandato de nuestra Carta Magna, la que en su artículo 255 pregona: “No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”.

Las **excepciones** previstas por la ley las encontramos en el **artículo 294 del CGP**, norma que desde su redacción original ha sufrido variantes por diversas leyes (N°16.995, 17.930, 19.090), hasta que finalmente el **artículo 142 de la Ley N°19.149** – Ley de Rendición de Cuentas – le agrega un último numeral: *“6) Los procesos en materia de relaciones de consumo regulados por la Ley No. 18.507, de 26 de Junio de 2009”*.

En realidad ya estaba claro que en este proceso no era necesaria la conciliación previa, ello por no encontrarnos ante un proceso ordinario.

La Dra. Ana María Guzmán Emmerich al estudiar la conciliación previa en materia de relaciones de consumo afirma:

... sabemos que los Juzgados de Conciliación son especializados en la conciliación y que como toda institución, hay que cuidar su funcionamiento y la motivación de quienes allí trabajan. Haber reimplantado la conciliación en los casos en que el Estado es parte, que hasta que no sucedan otros cambios no creemos que conduzca a muchos acuerdos, y haber eliminado la conciliación en los casos de reclamos por colchones, teléfonos y bicicletas, que sí se conciliaban en su gran mayoría, en principio no parece buena idea.

A partir de la sanción de la Ley No. 18.507, estábamos completamente en contra de que se diera la kafkiana situación de que una persona pudiera ir sin abogado a reclamar directamente ante un Juez de Paz y que allí se le informara que tenía que cumplir primero el requisito de la tentativa de la conciliación, con abogado. Ése fue el sistema por algunos meses, hasta que la Acordada 7658 comunicada por Circular 114/2009 de fecha 1° de Octubre de 2009 puso razonabilidad y exoneró de asistencia letrada a la conciliación, que no estaba exceptuada por ley.

A partir de la Ley No. 19.090, la ley permite al consumidor ir directamente al Juzgado de Paz (previo paso por la ORDA) y plantear su reclamo sin abogado, sin pasar por Conciliación, en unos formularios que generalmente no comprende y no sabe llenar, con un timbre profesional que no sabe dónde ni cómo adquirir, con la necesidad de definir y calcular lo que demanda e identificar sus medios de prueba. Llegado el día

de la audiencia, el reclamante ve que la empresa envió a un experimentado abogado, y recurre a todas sus herramientas cognitivas y emocionales para defender su reclamo. Es en ese complejo contexto que tiene lugar la única tentativa de conciliación, la intraprocesal, donde si bien es cierto que hay posibilidades de acuerdo, no son altas sus probabilidades (Guzmán Emmerich, 2014, p. 81).

Concuero con la Dra. Guzmán en lo relativo a lo oportuno del dictado de la Acordada de referencia puesto que **era un sin sentido ofrecer al consumidor un mecanismo sumario y de bajos costos y por otro lado obligarlo a la conciliación previa con asistencia letrada obligatoria**. Ahora respecto a su visión sobre el procedimiento de pequeñas causas, me reservo mi humilde opinión precisamente para la conclusión del presente trabajo, donde daré respuesta a la pregunta que forma parte de la carátula de esta investigación.

Aclarado ello, sí resulta menester precisar que el universo de reclamos en materia de relaciones de consumo es mucho más amplio que “colchones, teléfonos y bicicletas”, basta a tales efectos con tener presente el concepto de relación de consumo para saber la inmensidad de situaciones que encuadran en esa definición.

No obstante, es atinado transmitir también las razones que expone la Dra. Guzmán respecto a la baja probabilidad de conciliar en el proceso de la Ley N°18.507:

... la tensión derivada de la frustración que motivó el reclamo y del desbalance que significa que una parte venga representada o asistida por abogado y la otra parte no”, “... las “sesiones separadas” que permiten al juez conciliador oír a solas a cada parte, no puede ni debe utilizarse cuando el juez es el que va a dictar sentencia ... Privarse de esta herramienta lleva a disminuir las probabilidades de acuerdo”, “... al tratarse de un proceso ya iniciado, las partes no sienten el estímulo por transar que sí sienten en la conciliación previa por evitar un litigio ...”, “... el legislador pretende que el juez se pronuncie y no facilitar ninguna conciliación” y termina su trabajo incluso agregando “Otra explicación posible del artículo analizado sería que simplemente se trata de un error” (Guzmán Emmerich, 2014, p. 81-82).

245

Lo que viene de decirse se podría sintetizar en la innecesaridad de la instancia de conciliación entre las partes en el procedimiento de pequeñas causas solamente porque el consumidor no es asistido por abogado y no habrá un procedimiento posterior; llegando incluso a tildar de error a la solución propuesta.

Sinceramente no concuerdo con ninguna de las explicaciones expuestas. El consumidor que ocurre por esta vía solo aboga por obtener finalmente una solución a su reclamo. **La tensión a la que se hace referencia no obedece a que el proveedor concurre asistido por un abogado**, para ello basta presenciar una audiencia en UDECO, donde la empresa no tiene obligación de concurrir asistida, y sin embargo esa tensión a la que se hace referencia también está latente ¿por qué? Pues simplemente porque **en la mayoría de los casos el consumidor agotó todas las herramientas que tenía a su alcance, ello seguramente le insumió tiempo**, y quizás no fue tiempo sin tener su celular sino tiempo sin tener su coche porque al momento de la venta le dijeron que era 0 km y no lo era o tiene a un familiar internado y el servicio que paga hace tantos años, ahora que lo necesita no se lo brindan por cuestiones que le son ajenas o no le fueron previamente informadas.

Continuando, de gran trascendencia resulta ser lo dispuesto por el **último inciso del artículo 2.2:**

la inasistencia a la audiencia fijada se registrará por lo dispuesto en el artículo 340 del Código General del Proceso. Cuando resulte de aplicación el artículo 340.3 del Código General del Proceso el Juez no diligenciará medio probatorio alguno y dictará sentencia de inmediato, la que para el caso de condena no podrá exceder el monto indicado en la solicitud de audiencia.

El legislador optó para el caso de la incomparecencia a la audiencia por idéntica solución a la prevista para el proceso ordinario. La pregunta es: ¿es posible aplicar las mismas consecuencias a este peculiar proceso? La respuesta es NO. Si el incompareciente es el actor – recordemos que él tenía la carga de notificarse de esta audiencia –, pues entonces se lo tiene por desistido. Solamente podría eximirse de tal perjuicio, si justifica su incomparecencia y, teniendo presente que puede no estar asistido por abogado, es muy difícil que lo haga; por lo tanto, la consecuencia que recae sobre el consumidor es bastante gravosa.

Pero ello se agudiza si nos detenemos en el contenido del artículo 340.2 del CGP:

el actor podrá justificar su incomparecencia mediante los recursos de reposición y apelación con efecto suspensivo. La providencia que, haciendo lugar a la reposición, tenga por justificada la incomparecencia del actor, será pasible de reposición y apelación con efecto diferido.

Si el proceso versare sobre las hipótesis previstas en el artículo 134, la inasistencia no justificada del actor determinará que se esté a su impulso para la continuación del mismo.

Reitero, **un proceso particular como este, requiere de soluciones que se adapten al mismo.** Venir a traer la solución del artículo 340 es totalmente incompatible. El régimen recursivo del artículo 340.2 es diferente al de la Ley N°18.507 y por ende inaplicable; luego, hacer alusión a la hipótesis prevista por el artículo 134 (allanamiento de la demanda), es a mi juicio ilusorio que acontezca en la práctica.

Ahora, **cuando el incompareciente es el demandado, el legislador incurre en contradicción:** por un lado, alude a “Cuando resulte de aplicación el artículo 340.3...”, por otro, se aparta de lo allí dispuesto. En efecto, en la primera hipótesis la prueba se diligencia y se tienen por ciertos los hechos afirmados por el actor salvo que existiese prueba en contrario; en la segunda, sin diligenciar medio probatorio alguno, se dicta sentencia de inmediato.

Y en cuanto a la **sentencia** refiere a que “**para el caso de condena**”, no podrá exceder el monto indicado en la solicitud de audiencia.

La fórmula elegida evita fallar ultrapetita, es decir previniendo un “*Vicio de la sentencia que consiste en haber declarado el derecho de las partes más allá de lo que ha sido objeto de la pretensión o litigio*” (Couture, 1988, p. 577).

Ahora el hecho de aclarar “**para el caso de condena**”, **conduce a preguntarse si el fallo judicial solo tiene que ser de condena o podremos obtener una sentencia declarativa o**

constitutiva. La respuesta es afirmativa y el primer ejemplo que asoma sería declarar abusiva la cláusula de un contrato.

La Dra. Szafir analizando el contenido de la sentencia de este proceso y vinculándolo con el tema de las nulidades expresa:

véase que el artículo 31 de la 17.250 establece que el juez puede “declarar” la nulidad, expresión que parece apuntar a la nulidad absoluta. La nulidad relativa es decretada por el magistrado a través de una sentencia constitutiva y no declarativa, porque crea la ineficacia superviniente del negocio que desplegaba efectos, el que ya no será solamente inválido, sino también ineficaz. Sólo en la nulidad absoluta la ineficacia preexiste a la sentencia, por lo que el fallo en esta clase de nulidad es declarativo (Szafir, 2009, p. 22).

De lo expuesto, si me gustaría acotar que de acuerdo al artículo 31 de la LRC, el juez podrá declarar la nulidad referida pero ello a pedido del consumidor. Así, la norma antedicha luego de enumerar de forma no taxativa hipótesis de cláusulas abusivas, establece en su último inciso que “La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas ...”. Tal iniciativa constituye una herramienta pasible de ser utilizada en el proceso en estudio en la teoría pero que entiendo es dificultoso en los hechos de no concurrir asistido por un abogado.

Prosiguiendo, el **artículo 2.3** establece: “*De no lograrse la conciliación se recibirán las pruebas ofrecidas por las partes. De ofrecerse prueba testimonial ésta tendrá como máximo tres testigos por cada parte*”.

A diferencia del proceso ordinario, aquí frustrada la conciliación intraprocesal, **no existe fijación del objeto del proceso y de la prueba sino que directamente se procede a recibir las pruebas ofrecidas.** La norma si bien refiere a prueba en general - siendo admisible por ende todos los medios de prueba - hace una distinción con la prueba testimonial y, **a diferencia de lo dispuesto por el artículo 159 del CGP donde se admite un máximo de 5 testigos por cada hecho a probar, acá lo limita a 3. Entiendo es adecuado si la sumariedad es el centro de este proceso.**

Igual solución se observa en el **artículo 2.4**, según el que:

el Juez interrogará a los testigos y a las partes, gozando de los más amplios poderes inquisitivos y de dirección de la audiencia.

En caso de no poderse diligenciar toda la prueba en la audiencia, ésta podrá prorrogarse por única vez y por un plazo no mayor a quince días, si el magistrado lo estima pertinente.

Por lo tanto, **no solamente se reciben las pruebas sino que acto seguido se diligencian y, si existe necesidad de prorrogar la audiencia para proseguir con ello, la Ley viene a fijar un tope en el plazo para la celebración de la misma.**

Hacer alusión a los más amplios poderes inquisitivos y de dirección de la audiencia no es más que reiterar los principios de dirección y ordenación que dispone la Sede (artículos 2 y 6 del CGP).

3.5.4. La sentencia.

El **artículo 2.5** en su **primer inciso** determina: *“Finalizada la audiencia el Juez dictará sentencia, que se pronunciará sobre todas las defensas interpuestas incluyendo las excepciones previas y, sólo en casos excepcionales, podrá prorrogarse el dictado de la misma por un plazo de hasta tres días”*.

Para empezar, **entiendo pertinente dar la posibilidad de prorrogar el dictado de la sentencia, más aún cuando se trata de asuntos complejos**. Asimismo, es una oportunidad que se otorga **bregando una vez más por la celeridad del proceso por cuanto tal prórroga no puede exceder los 3 días**.

Sin embargo, **no tan oportuna me resulta la idea de que** una vez finalizadas todas las actuaciones procesales que se han mencionado, se establezca que **es en esta instancia donde se resolverán incluso las excepciones previas**. Si bien algunas situaciones podrán subsanarse con la aplicación del artículo 133.2 CGP, cabe tener presente que la enumeración de dicha norma es taxativa.

Continuando, y en lo que a la sentencia refiere: *“La misma impondrá las costas y costos, en caso de corresponder, del proceso de cargo del vencido. Sin embargo, el Juez podrá apartarse de este principio, en forma fundada, cuando la parte, a su juicio, haya actuado con alguna razón”*.

La **condena en costas y costos para el vencido** – que sería fatal en caso que lo fuere el consumidor – no es preceptiva, lo que emerge al referir a “en caso de corresponder”, así como también cuando se hace alusión a que “podrá apartarse de este principio”. **Estamos ante idéntica solución a la prevista por el CC (artículo 688)**.

248

3.5.5. La inapelabilidad de las sentencias dictadas en el curso del proceso. El gran debate.

El artículo 2.6 establece: *“Contra las providencias dictadas durante el curso del procedimiento podrá deducirse el recurso de reposición y la sentencia definitiva sólo admitirá los recursos de aclaración y ampliación. En este último caso el mismo deberá ser interpuesto y resuelto en la propia audiencia una vez dictada la recurrida, sin posibilidad de prórroga alguna”*.

La norma es muy clara en este aspecto: **todas las providencias dictadas en el curso de este proceso sólo admiten recurso de reposición y la sentencia definitiva exclusivamente aclaración y ampliación** que deberán ser resueltos en el acto. Cuando me refería en el título al gran debate, el mismo no es generado respecto a las dudas que puede llegar a generar interpretar esta norma sino a otras cuestiones que se exponen a continuación.

El artículo 6 del Proyecto de Ley preveía la posibilidad de modificar la sentencia definitiva a través de un proceso ordinario posterior revisivo a cargo del mismo Tribunal actuante, posibilidad que, como se observa, fue eliminada.

Al respecto, los Dres. Pereira Campos y Clarisa Rodríguez entienden lo siguiente:

parecería que, tal como se había previsto en la norma proyectada, un proceso con una estructura tan abreviada como la que crea la Ley N° 18.507, necesariamente requería de un proceso ordinario posterior con las máximas garantías, a la luz de la solución prevista en el CGP para algunos procesos de estructura monitoria.

Más aún, considerando que este nuevo proceso que se crea – a diferencia de lo que ocurre en el proceso ejecutivo – las partes pueden comparecer sin abogado y que, a su vez, la sentencia definitiva que se dicta únicamente admite recursos de aclaración y ampliación, parecería que era imprescindible contar con un proceso ordinario posterior revisivo del sumario, que reforzara las debidas garantías que merecen las partes en el juicio, tal como lo había previsto el Proyecto de Ley de referencia.

Por otra parte, cabe destacar que, si se tiene presente que la norma proyectada preveía que el derecho a obtener la revisión de lo resuelto en el proceso caducaba a los 3 meses de ejecutoriada la sentencia pronunciada en aquel, menos se comprende cuáles fueron los motivos que impulsaron a su eliminación, más aún cuando la experiencia nacional indica que de por sí, el juicio ordinario posterior revisivo del proceso sumario suele ser muy poco utilizado” (Pereira Campos. Rodríguez, 2009, p. 16).

Postura contraria encontramos en Jorge Perera quien, sobre el tema, afirma:

... para Barrios de Angelis todo proceso no ordinario salvo disposición expresa o “inferencia necesaria en contra” es revisable en proceso ordinario posterior, (9) la mayoría de la doctrina ha entendido que el JOP solo corresponde cuando la ley expresamente lo tiene previsto ...

... Corresponde mencionar en relación a la ley N°18.507 que como recuerda Szafir (integrante de la comisión que redactó el proyecto original), se había previsto expresamente la posibilidad de un JOP, lo que fue descartado por el Poder Legislativo. Esto hace concluir a Pereira Campos y Clarisa Rodriguez que no es posible un proceso posterior revisivo.

Entendemos que la conclusión es excesiva. Que en el Parlamento se haya suprimido – sin motivos según los autores citados – la previsión del Proyecto original, nada agrega a la admisibilidad o inadmisibilidad de un proceso ordinario posterior y autónomo.

En todo caso y como enseñaba Barrios, una cosa es la opinión del legislador y otra su mandato concreto” (Perera, 2011, La Ley. Cita Online: UY/DOC/159/2011).

249

Debo decir que concuerdo con los fundamentos expuestos por los Dres. Pereira Campos y Rodriguez. No se trata, al decir de Perera, de que una cosa es la opinión del legislador y otra su mandato, **se trata precisamente de cuál fue su mandamiento. En el caso, el mismo quedó claro con la eliminación en el Proyecto de Ley del proceso revisivo posterior. En igual sentido, de conformidad al artículo 361 del CGP que es la norma que regula específicamente el juicio ordinario posterior, tal herramienta no está prevista para el proceso de la Ley N°18.507 y ello no puede quedar librado a “la experiencia forense de futuro” como culmina su artículo Perera.**

Si nos remitimos a la jurisprudencia, el hecho de que no exista en el caso la posibilidad de una doble instancia, no es pasible de declaración de inconstitucionalidad; ello en opinión del máximo Cuerpo.

En este sentido, en Sentencia N°433/2011 (igual postura asumida en la N°1.298/2011) la SCJ expresó

la Corte no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan sólo si la Ley es o no constitucionalmente válida. La norma legal que, dentro de su competencia institucional, dispone una solución equivocada, errónea, desacertada, respecto al punto que regula, será una mala Ley, pero no por ello es inconstitucional”.

En dicho caso se solicitaba la inconstitucionalidad alegando en lo medular: “En el caso de autos, la demanda le fue notificada el 6 de abril de 2010, habiéndose fijado audiencia a los efectos del diligenciamiento de toda la prueba para el día 8 de abril de 2010, lapso sumamente breve que vulnera el principio de igualdad.

El art. 2.6 de la referida norma establece que las sentencias definitivas dictadas en los procesos regidos por la referida Ley son inapelables, disposición que vulnera los arts. 12, 72 y 332 de la Constitución”.

Y al respecto afirmaba la Corte:

no puede considerarse vulnerado el derecho de defensa en juicio, porque como esta Corporación lo ha afirmado en reiteradas oportunidades: “... la Carta no ampara una forma concreta de proceso o de procedimiento, sino básicamente que el justiciable tenga “su día ante el Tribunal”, es decir, el poder contar con la oportunidad y los medios procesales de ser oído, rendir prueba y formular sus defensas” (cf. entre otras Sentencias Nos. 450/86, 153/88, 54/90, 57/92, 30/93). Así como, que ‘la facultad legislativa de regular las etapas procesales, la ritualidad de los juicios (art. 18 de la Carta Fundamental), facultad que lleva implícita la de adaptar el proceso a la naturaleza peculiar del derecho comprometido en cada relación procesal” (Sentencias Nos. 70/68, 8/86, 56/86). Y ha establecido que ‘ni el número de etapas o formalidades, ni la supresión de recursos o instancias, dan mérito a la pretensión de inconstitucionalidad (Sentencias Nos. 450/86, 153/88, etc.)” (Sentencias Nos. 54/90, 30/93 y 186/07).

la doble instancia carece de consagración en la Carta, estando el legislador habilitado (art. 18 de la Constitución) para estructurar procedimientos en los que no exista doble examen, siempre que los mismos confieran oportunidad de audiencia y defensa, tal como lo prevé la Ley impugnada según fuera señalado precedentemente (cfr. Sentencias Nos. 40/97, 141/99, 204/2001, 193/2005, entre otras, así como Sentencias Nos. 221 y 969/2010, por citar solo algunas)”.

Por su parte, la Dra. Szafir se encuentra alineada con la postura de la Corte señalada supra al señalar:

... la inexistencia de doble instancia no es inconstitucional ni arremete contra el principio de igualdad, ya que ninguna de las partes puede apelar ...

... Con Devis Echandía puede concluirse que la inapelabilidad apunta a resolver, a través de un juez imparcial y objetivo, un conflicto de escasa relevancia económica y por ello se eliminan etapas procesales que no hacen a la constitucionalidad del proceso. Por su parte Couture enseña que “La privación de un recurso de apelación no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso. Cuando todavía se discute el tema de la instancia única o múltiple, las razones que se hacen valer a favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la Constitución, sino a la conveniencia de una u otra solución. La Constitución no está necesariamente en peligro, en términos generales, en el sistema de única instancia” (Szafir, 2009, p. 22).

No deja de llamarme la atención que no se haya advertido la trascendencia de un proceso revisivo posterior para el consumidor.

A efectos de ilustrar **mi opinión a favor de esta instancia revisiva posterior**, entiendo conveniente traer a colación la Sentencia de la SCJ de fecha 16/12/1991 (cita online: UY/JUR/97/1991) la que, si bien es sobre materia totalmente ajena a la defensa del

consumidor - desalojo en realidad - la discordia que expone el Dr. Torello en la misma me será de enorme utilidad para que a posteriori se entienda mi postura. Así, el Ministro afirmaba:

aunque en principio entiendo que el recurso no procede, en tanto la norma cuya inconstitucionalidad se aduce está a mi juicio derogada por normas posteriores ... igualmente y en subsidio de este argumento considero que dicha norma (art. 36 D.L. 14219) es inconstitucional por colidir con el art. 8o. de la Constitución.

No se trata, en el caso, de establecer si un proceso de instancia única viola o no las garantías del debido proceso, sino de establecer si es constitucional acordar que una de las partes (el desalojante), en caso de no ver acogida su demanda, disponga de la posibilidad de apelar, en tanto que a la otra parte (el desalojado), se le veda esa misma posibilidad en el caso de que su excepcionamiento fuera rechazado.

A mi juicio viola el principio de igualdad ante la ley, que establece el art. 8o. de la Constitución; por cuanto la norma procesal trata de manera diversa a personas que deben ser ubicadas en una similar categoría: “la de partes en el proceso de desalojo ...

Es exacto que se ha dicho, alguna vez, que como se trata igual a todos los ocupantes precarios, no existe trato desigual que afecte al principio constitucional de igualdad. Pero la premisa de ese razonamiento es jurídicamente incorrecta, puesto que la igualdad de tratamiento debe juzgarse entre sujetos de similar categoría o clase establecidas en función de las circunstancias del caso.

Y la comparación, por consecuencia, ... debe hacerse en la categoría ... “sujetos procesales de un determinado juicio” ...”.

En la Sentencia de la SCJ citada más arriba (N°433/2011), la Corporación luego de citar precisamente dicha discordia del Dr. Torello, expresaba:

en el caso de la norma en examen, todos los integrantes del grupo “actores” y todos los integrantes del grupo “demandados”, reciben el mismo trato; y, el diferente tratamiento constatado para cada uno de dichos grupos surge con razonabilidad –no cuestionada– de las diferentes posiciones que asumen en el proceso quien pretende y quien se resiste a una pretensión (cf. Sentencia No. 492/2010, e/o).

Entonces, partiendo de la base que el principio constitucional de igualdad reclama tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y considerando que la doctrina por unanimidad desde siempre ha dicho que en la relación de consumo, la parte más débil es el consumidor, me llama poderosamente la atención aquella que le resulte indiferente que se le haya vedado la posibilidad de rever - sea a través del recurso de apelación o del juicio ordinario posterior previsto en el Proyecto de Ley – la sentencia al consumidor perdidoso.

No obstante, y dicho lo anterior, resulta muy atinado lo expuesto por el Dr. Torello en cuanto a que, estando en juicio, **las partes están en la misma categoría como sujetos de un proceso. Es por ello que, tal herramienta debió estar al alcance de ambas partes.**

Seguramente muchos me dirán: no precisa asistencia letrada en el proceso de pequeñas causas empero la necesitará para el proceso revisivo. Claro que sí e igual situación le

acontecerá en caso que al proveedor perdidoso no le plazca cumplir la sentencia y el consumidor deba por ende iniciar un proceso de ejecución.

3.5.6. Potestades otorgadas al Tribunal en el artículo 2.7.

La norma de referencia indica que **resulta aplicable** al proceso en estudio lo dispuesto por el **artículo 7 de la Ley N°16.011**, el que establece: *“Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del Juez, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados”*.

Los Dres. Pereira Campos y Rodríguez entienden que tal solución *“puede resultar peligroso en un proceso que no admite revisión alguna ... Obsérvese que en el proceso de amparo que regula esta solución, la sentencia es apelable”* (Pereira Campos y Rodríguez, C2009, p. 17).

Si bien es cierto que en el caso no contamos con ningún mecanismo de revisión posterior, las partes tienen a su alcance interponer el recurso de reposición.

Creo que **si las partes obran de buena fe y en colaboración con el proceso, la fórmula no hace más que reiterar los poderes de dirección y ordenación del proceso que dispone el juez, reiterando que estos – al amparo del artículo 350 del CGP según el que, estamos ante un proceso de carácter social – son mayores que los que se le conceden en un proceso dispositivo**. Cabe destacar una cuestión que no es menor, y es que ello constituye una herramienta altamente beneficiosa para el consumidor que opta por concurrir sin abogado en virtud de las desventajas y riesgos que ello le puede implicar y que se analizan a continuación.

252



3.5.7. No obligatoriedad de asistencia letrada.

El **artículo 3** determina que en este proceso la asistencia letrada no es obligatoria.

Este apartamiento al régimen general dispuesto por el CGP es el que nos coloca – según la mayoría - ante uno de los principales beneficios que este proceso vino a traer. Personalmente, tengo mis grandes dudas respecto a si ello es realmente así.

Dentro de la motivación a tal precepto, muchos advierten la sencillez de las pretensiones objeto de este proceso. Tal como lo expresé en oportunidad de analizar algunas de las expresiones vertidas por la Dra. Guzmán en el artículo al que se hizo mención ut supra, la menor cuantía como requisito para acceder a esta vía no implica que su objeto sea sencillo. Basta traer a colación como ejemplo un reclamo de una deuda con una financiera donde, en oportunidad de definir el monto reclamado, el consumidor se enfrentará a un cálculo que, con sus reajustes e intereses se puede dificultar. Otro caso podría ser iniciar este proceso motivado en un inconveniente suscitado en un viaje donde el consumidor podrá ampararse también en el Convenio de Montreal (internalizado por Ley N°18.169) que estipula como base de cálculo para sus indemnizaciones los derechos especiales de giro cuya definición está a cargo del Fondo Monetario Internacional.

Podría decirse, para quienes entiendan que la no obligatoriedad de asistencia letrada resulta ser un inconveniente, que ello podría subsanarse a través de la designación de un defensor de oficio o el pedido de una auxilioria de pobreza. En ambos casos, el consumidor debería estar previamente asesorado respecto a tales opciones. Por otro lado,

de accederse a cualquiera de ellos, entiendo se dificultaría el cumplimiento del plazo de 30 días para convocar a audiencia.

La única certeza aquí es la reducción de costos para el consumidor al no tener que abonarle sus respectivos honorarios a un abogado, ahora ¿este ahorro lo favorece? ²

Cabe traer a colación lo expuesto por la Dra. Szafir:

desde mi punto de vista, el consumidor no está en una situación más desventajosa con esta ley, ya que la mentada desprotección es una falacia fácilmente rebatible. Hasta ahora, cualquier clase de reclamación, independientemente del monto del asunto, exigía el patrocinio letrado obligatorio creando una dificultad para acceder a la justicia, y el consumidor no tenía su día ante el Tribunal para lograr que un juez atiende su reclamo y resuelva su controversia. Entre la imposibilidad de litigar o hacerlo sin abogado ¿Por cuál solución optamos?

Con Gelsi Bidart entendemos, que para que el acceso a la justicia sea efectivo y no se transforme en una mera proclama, es indispensable establecer medidas que supriman obstáculos...” (Szafir, 2009, p. 22).

Lo primero que me cuestiono es si realmente tal solución podría caracterizársela como efectiva. Para dar respuesta a ello, además de considerar la economía del consumidor, no pueden dejarse de lado otras cuestiones. En este sentido, basta recordar que si bien la sentencia definitiva es inapelable, sí es pasible de aclaración y/o ampliación, y luego todas las resoluciones dictadas en el curso de este proceso son pasibles del recurso de reposición. Si hablarle al consumidor de “proceso judicial” no siempre es una solución que le simpatiza, imaginemos hablarle de los medios impugnativos referidos.

Creo que el error de identificar a esta fórmula como la gran solución que se le vino a brindar al consumidor parte de pensar que el rol del abogado del consumidor será suplido a través de los poderes de instrucción del Tribunal.

Así el Senador Gargano en la discusión parlamentaria de la ley sobre pequeñas causas expresó:

... se tiene confianza en que el Juez va a actuar de tal manera que va a defender el derecho del pequeño reclamante que se anima a utilizar este mecanismo, prescindiendo de la asistencia letrada obligatoria. Esto puede traer como consecuencia una disparidad de situaciones porque el demandado puede tener más capacidad de respaldarse con la asistencia letrada. Reitero que con este proyecto lo que se hace es tener confianza en la Justicia, en que el Juez, en juicios de pequeño monto, va a defender los intereses de

2 Una de las preguntas realizadas en las entrevistas de la presente investigación fue precisamente cómo se evalúa la no exigencia de asistencia letrada para el actor de este proceso.

Aquí sí hubo consenso en las respuestas recibidas: la no exigencia de asistencia letrada para el actor de este proceso resulta ser un aspecto positivo desde el punto de vista económico empero la situación cambia rotundamente cuando se analiza desde el punto de vista jurídico. Entre sus argumentos se aprecia que claramente estar acompañado por un profesional resulta ser de suma importancia al iniciar la instancia judicial y a fin de concurrir a una audiencia, que la contraparte sí estará patrocinada, la salvaguarda de ciertos derechos que integran el “bloque de constitucionalidad” cuyo cumplimiento debe velar el magistrado. Quien ha sido muy firme en su postura fue la Dra. Bernasconi al responder: “Lamentablemente la evaluación es negativa, la realizo desde la práctica y no cumple con la defensa del consumidor. Existe una desigualdad en el proceso que es imposible resolver y va en contra del derecho de defensa y de la igualdad de las partes, “su día ante el Tribunal” no se cumple, va en contra de lo consagrado en nuestra Constitución, Código General del Proceso y régimen jurídico vigente”. Dicha colega finalmente transmitió que al respecto existe “un proyecto de ley para modificar lo establecido en el artículo 3 de la Ley 18.507 proponiendo patrocinio obligatorio a partir de reclamos por un monto de 10 UR” y que similar iniciativa tuvieron colegas de Derecho Procesal, difiriendo en el monto propuesto.

la parte que se siente perjudicada. Se trata de actuar acercándose a la gente, haciendo posible que la Justicia actúe más rápidamente (Gómez Pardo. Gómez García, 2011, p. 161).

Comparto en este punto lo expuesto por Fernando Gómez Pardo y Luján Gómez García quienes, citando a Guerra, afirman

Lo que nunca deberá hacer el juez es que, encontrándose frente a esa circunstancia de desigualdad manifiesta, tienda a tratar de modo diverso a quien comparece con abogado que a quien comparece sin él. Pues en tal caso se estará ante una desigualdad de tratamiento que le hará perder la condición de imparcialidad, condición esencial en el ejercicio de su función y garantía del justiciable (Gómez Pardo. Gómez García, 2011, p. 161-162).

El hecho de que, en virtud del artículo 350 del CGP, la Sede en el proceso que nos ocupa posea mayores potestades que las que se le otorgan en un proceso dispositivo, no significa que asuma un rol que además de no corresponderle, lo haga incurrir en la gran falla de prejuzgar. Y así, la Dra. Szafir luego de referir a las potestades atribuidas en virtud del artículo 350 del CGP afirma “*La primera etapa a recorrer es informar y asesorar, antes de conceder la palabra a la parte demandada para que conteste*” (Szafir, 2009, p. 21).

Reitero que **los poderes de dirección y ordenación del proceso, no pueden confundirse con el rol de tercero imparcial que debe asumir el juez, porque esto último es lo que verdaderamente asegura que – en los términos de Szafir citando a Gelsi Bidart – estemos verdaderamente ante un proceso efectivo.**

Para finalizar, creo las conclusiones de los Dres. Pereira Campos y Rodríguez son a mi juicio más moderadas y atinadas al caso:

en nuestra opinión, la no obligatoriedad de la asistencia letrada podía justificarse en el proyecto de ley original en tanto permitía que la sentencia del proceso especial fuera revisada en un juicio ordinario posterior. Pero una vez eliminada en el Parlamento dicha previsión, estamos ante un proceso en instancia única sin posibilidad de revisión de la sentencia por un tribunal superior vía apelación o por el mismo tribunal en un proceso de mayores garantías, lo que quiebra el equilibrio originalmente previsto en el proyecto ... (Pereira Campos. Rodríguez, 2009, p. 15).

En igual sentido, resultan atinadas las expresiones de Ana Gabriela Rivas:

en el desarrollo de la actividad procesal se busca que ambas partes tengan igualdad de oportunidades en todos los aspectos, sin hacer distinciones entre actor y demandado. Ello no implica, en principio, que se propugne por una igualdad absoluta, ya que esta es ilusoria ...

Esta apreciación lleva a la distinción entre igualdad formal e igualdad material. La igualdad formal es aquella por la cual se da un tratamiento idéntico a los sujetos procesales sin distinción alguna. Por su parte, la igualdad material, busca mediante mecanismos compensatorios, lograr la igualdad real, tratando en forma desigual a quienes sustancialmente son desiguales. En definitiva, la igualdad material tiene como base las condiciones concretas y reales en que se ejercen derechos y se cumplen deberes ... (Rivas, 2011, p. 113).

3.5.8. Posibilidad de reconvenir o emplazar a terceros.

Los autores Fernando Gómez Pardo y Luján Gómez García han escrito sobre este tema y luego de citar diversa doctrina exponen:

entendemos que existen argumentos para admitir que el demandado solicite el emplazamiento de un tercero e incluso reconvinga – si se entendiera que el proveedor pueda accionar a través del proceso de pequeñas causas-. Sin embargo, la falta de previsión y la redacción dada al inciso 2° del art. 2.4 de la Ley 18.507 constituyen un importante obstáculo.

En apoyo a la tesis afirmativa podemos señalar en primer lugar, que si el legislador hubiese querido vedar esas posibilidades lo habría hecho a texto expreso, como lo hizo en la Ley 18.572.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 18.507 dispone que en lo no previsto sea de aplicación lo establecido por el CGP; lo que habilitaría tanto la citación de terceros (artículo 51) como la reconvencción (artículo 136).

A ello se le suma que la exposición de motivos del proyecto de ley sobre el proceso de pequeñas causas señala que: "... la orientación en la realización del proyecto se ha basado en un criterio de mínima reforma en lo que hace a la regulación de los principios generales procesales establecidos en el Código General del Proceso, en el entendido que el mismo constituye el marco general de regulación procesal.

Así se ha buscado que el procedimiento proyectado, no altere el sistema previsto en dicho cuerpo normativo, sino más bien, se incorpore al mismo, inscribiéndose como estructura sumaria, pero sujeta al régimen general".

Además, el artículo 34 de la Ley 17.250 relativo a la responsabilidad por vicio o riesgo, surge que el comerciante o distribuidor "sólo responderá cuando el importador y fabricante no pudieran ser identificados"...

En cuanto a la reconvencción, el demandado podría deducirla en la audiencia al contestar ...

Con respecto a la citación de terceros, la posibilidad de prorrogar la audiencia habilitaría una oportunidad práctica para su comparecencia y defensa. Sin embargo, la redacción al art. 2.4 en el inciso 2° parecería no admitirlo: "En caso de no poderse diligenciar toda la prueba en la audiencia, ésta podrá prorrogarse por única vez y por un plazo no mayor a quince días, si el magistrado lo estima pertinente" (Gómez Pardo. Gómez García, 2011, p. 164 – 166).

En mi opinión, los argumentos resultan razonables. Sin embargo, amparada en gran parte de sus enunciados, **si bien el Proyecto de Ley identifica a la misma como un proceso de "mínima reforma" en relación al CGP, no podemos pasar por arriba de la hipótesis prevista por el artículo 2.4**, norma que es muy clara al referir a la posibilidad de prórroga de audiencia exclusivamente a efectos de continuar con el diligenciamiento de prueba; agregándose que el mismo no establece que estemos ante una enumeración no taxativa.

3.5.9. Tributación.

El **artículo 4** establece que *“Las partes sólo deberán reponer un timbre Poder Judicial equivalente al 1% (uno por ciento) del monto reclamado”*.

Estimo que estamos ante un monto prudente. Solo dos objeciones me gustaría plantear. La primera, la norma refiere a “timbre Poder Judicial” y aquí me pregunto ¿quién le explicará al actor a qué timbre refiere? Seguramente estará nuevamente, o al asesoramiento previo en caso de haber concurrido a UDECO o a la buena disposición del funcionario que lo atienda en la ORDA.

La segunda, en el caso del consumidor es requisito sine qua non para solicitar la audiencia en este proceso empero el proveedor demandado lo hace al final, lo que conlleva un contralor respecto a su cumplimiento puesto que en caso de no hacerlo le implica a la Sede efectuar la comunicación pertinente a la Caja de Profesionales, tal como lo dispone la normativa vigente (artículo 71 lit. B) Ley N°17.738).

Independientemente de las precisiones referidas, **fixar un costo al actor, aunque mínimo, es oportuno para evitar reclamos infundados.**

3.5.10. Caducidad.

El **artículo 5** es el que regula este punto de la siguiente manera:

la acción para reclamar por el procedimiento sumario previsto por la presente ley caducará al año de verificado el acto, hecho u omisión que la fundamente, sin perjuicio de los plazos consagrados en la Ley N°17.250, de 11 de agosto de 2000.

Esta caducidad no impide la promoción del tratamiento de la pretensión en proceso ordinario o extraordinario en su caso, al que se le aplicarán las normas de la ley citada.

La Ley refiere a caducidad, por lo que **se hace necesario recordar los conceptos de prescripción y caducidad** a efectos de evitar confusiones.

Couture define a la caducidad como la *“Extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la Ley”* (Couture, 1988, p. 129); y a la prescripción como el *“Modo de extinguirse los derechos y las obligaciones derivado del no uso o ejercicio de los mismos durante el plazo señalado en la ley”* (Couture, 1988, p. 469).

Ese plazo la Ley lo fija en un año contado a partir del acto, hecho u omisión que dio lugar al reclamo impetrado. Entiendo que **estamos ante un plazo exiguo** si consideramos todas las acciones que seguramente realizó el consumidor antes de llegar a esta instancia. Basta considerar el plazo que necesita la empresa para dar respuesta al consumidor una vez que toma conocimiento del inconveniente. Lo mejor que puede llegarle a pasar al consumidor es que a la brevedad obtenga, aunque sea negativa, una explicación respecto a lo sucedido. A partir de ahí, es que el consumidor en la mayoría de las ocasiones recurre a asesorarse a las Oficinas de UDECO donde, de arribarse a la instancia de audiencia, puede suceder que ambas partes acuerden prorrogar la misma, lo que no significa que llegado ese día, la misma cierre de manera favorable. Agotadas todas estas vías – siempre que el consumidor no haya optado por iniciar el proceso

de forma inmediata a que se haya suscitado el inconveniente -, el consumidor está en condiciones de iniciar por fin el proceso de pequeñas causas, esperando entonces que todas esas tratativas no le hayan insumido muchos meses y no esté próximo a las ferias judiciales; ninguna de dichas situaciones resultan ser hipótesis sino que por el contrario en ocasiones pueden llegar a identificarse con la realidad del consumidor.

Si nos remitimos nuevamente a la redacción del artículo en estudio, se advierte que **el plazo de un año lo es “sin perjuicio de los plazos consagrados en la Ley N° 17.250”. Tranquilidad encontrará el consumidor que, amparado en el artículo 38 de dicha Ley, reclame por la reparación de daños personales.** Ello porque dicha norma le otorga un plazo de 4 años el que comienza a computarse desde que tuvo conocimiento del daño, vicio o defecto pero además agrega – al incluir “y” – desde que tuvo conocimiento de la identidad del productor o fabricante. Pero si ese plazo ya le era favorable – ello comparando con el artículo 5 de la Ley N° 18.507 – la norma también agrega que el plazo se extingue recién después que hayan transcurrido 10 años desde que el proveedor colocó el producto en el mercado. En conclusión: **el consumidor tiene asegurada su posibilidad de reclamar si lo hace de conformidad a esta norma.**

Por un lado, la LRC otorga extensos plazos como se dijo empero, por otro lado, si el reclamo es por vicios aparentes u ocultos, pasa a disponer tan solo de 30 y 90 días en el primer caso (dependiendo si se trata de productos no duraderos o duraderos respectivamente) y 9 meses máximo en el segundo caso (por cuanto el artículo 37 nral. 2 concede un plazo de 6 meses para que se evidencien los vicios, los que caducan a los 3 meses desde el momento en que se pongan de manifiesto).

3.5.11. Integración de normas

El **artículo 6**, último de la Ley objeto de la presente investigación, ordena: *“En lo no previsto en la presente ley, será de aplicación lo establecido por el Código General del Proceso y demás normas modificativas y concordantes”*.

Cabe agregar que, en cuanto al fondo, **remitiéndonos al artículo 1 de la presente Ley que refiere al artículo 1 de la LRC, hace aplicable el Código Civil en todo lo no previsto por la misma.**

4. Reclamaciones tramitadas en vía administrativa

Previo a ingresar al análisis de lo que acontece en la órbita judicial de nuestro país, quise ocupar este capítulo para analizar qué es lo que sucede en la etapa previa, esto es en la vía administrativa, **centrándome en lo que acontece en UDECO, por ser ésta la autoridad nacional de fiscalización de cumplimiento de la LRC.**

Como más adelante se verá, el período a considerar es a partir del año 2010.

El total de audiencias de mediación celebradas en UDECO es la siguiente:

Año	Cantidad
2010	2.022
2011	1.849
2012	1.849
2013	2.189
2014	2.561
2015	2.169
2016	1.817
2017	2.757
2018	2.577
2019	2.068
2020	1.325
2021	(hasta 30/4) 60
Totales	23.243 ³

Como se observa, no estamos ante **cifras** que fueron en aumento, sino **que siempre permanecen en alta**. La baja que se aprecia en el 2020 obedece claramente al estado de emergencia sanitaria decretado en nuestro país en marzo de dicho año, lo que aparejó evidentemente una afectación en la atención personalizada a la ciudadanía.

Por otro lado, **si nos detenemos en el total de atenciones** (consultas y reclamaciones) que recibe dicha Oficina: 22.408 en 2016, 23.058 en 2017, 26.315 en 2018, 22.815 en 2019 y 22.419 en 2020 (<https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/comunicacion/noticias/informe-estadistico-del-servicio-atencion-consumidor-ano-2020>), se concluye que un promedio de **un 9% culminan en audiencia de mediación**.

5. Análisis de la jurisprudencia en la materia

No cabe duda de que el procedimiento de la Ley N°18.507 vino a traerle una herramienta al consumidor, la que se aplica conjuntamente con las disposiciones ya vigentes del CGP. Lo que corresponde preguntarse es, si dicho instrumento contempla eficazmente las necesidades reales que detenta el consumidor. Así, como enseña Couture “el proceso por el proceso no existe” sino que, de conformidad al artículo 14 del CGP “el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”.⁴

3 Fuente: Dr. Álvaro Fuentes – Encargado de Despacho de UDECO.

4 Durante la etapa de las entrevistas realizadas en el marco de esta tesis, una de las preguntas realizadas fue la siguiente: ¿En su profesión de Abogado: ¿recomendaría a un consumidor que tramite su reclamo originado en una relación de consumo a través del procedimiento de la Ley N°18.507 (si cumple con los requisitos exigidos en la normativa)? Las respuestas obtenidas me confirman que no estuve equivocada en plantearme la interrogante objeto del presente trabajo. En efecto, si estuviéramos ante un proceso tan beneficioso para el consumidor como muchos lo publicitan digamos, debería haber unanimidad en que la respuesta a esta pregunta es afirmativa, no obstante, ello no fue lo que ocurrió. Quien sí lo aseguró fue el Dr. Álvaro Fuentes y luego la Dra. Landeira “porque es un proceso muy ágil para conflictos de escasa cuantía que cualquier usuario de un sistema de justicia requiere tener”. No obstante, de las respuestas de las Dras. Seoane y Bernasconi emerge lo contrario. La Dra. Bernasconi lo recomendaría si la asistencia letrada fuese obligatoria y si observamos la respuesta de la Dra. Seoane se encuentra en la misma línea al referir a las dificultades para producir prueba y siendo muy asertiva al expresar “La rapidez de los procedimientos no siempre es una garantía”.

5.1. Cantidad de asuntos iniciados en ORDA motivados por el procedimiento de la Ley N° 18.507

Empezaré el análisis en primer lugar con una visión global, esto es, cuántos procesos fueron iniciados con este asunto. En este sentido, la información que se detallará corresponde a Montevideo, versa sobre aquellos asuntos que se presentan directamente en las Sedes de Paz, y son datos que se disponen desde el año 2010.

Así nos encontramos con las siguientes cifras⁵:

Año 2010 – 27

Año 2011 – 42

Año 2012 – 70

Año 2013 – 62

Año 2014 – 212

Año 2015 – 264

Año 2016 – 302

Año 2017 – 338

Año 2018 – 325

Año 2019 – 280

Año 2020 – 144

Año 2021 (período considerado 01/01/21 al 21/04/21) – 42

259

Sin necesidad de ingresar en un análisis exhaustivo, se aprecia a simple vista que **desde los comienzos de la puesta en práctica de este proceso (2010) al año 2014, hubo un incremento del 785%, siendo el pico más alto en el año 2017 con un total de 338 procesos iniciados por este asunto, advirtiéndose luego una baja en el 2019.**

Corresponde mencionar que no se tomarán como referencia los años 2020 y 2021 por cuanto la pandemia a nivel mundial, como es de público conocimiento, afectó a todos los sectores y, en lo que al ámbito judicial concierne, además de la baja en la movilidad lo que sin lugar a duda habrá influido en la disminución de los procesos iniciados, las diversas ferias judiciales extraordinarias constituyen otra circunstancia que repercutió en tales resultados.

5.2. Análisis de sentencias dictadas en el marco del procedimiento de la Ley N° 18.507

Cabe precisar que las Sentencias objeto de análisis en el presente capítulo son todas Sentencias de carácter definitivo y fueron dictadas por la Sra. Juez de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno, Dra. Karen Seoane.

5 Fuente: Esc. Alejandra Pintos Leles Da Silva, Actuaría Encargada de ORDA.

En este sentido, se analizarán las Sentencias N°31/2015, 5/2016, 33/2017, 30/2018, 11/2019 y 48/2019.

Para empezar, cabe decir que **en todas se considera que existe efectivamente una relación de consumo, que existe legitimación activa y pasiva** por encuadrar ambas partes en los conceptos de consumidor y proveedor respectivamente **y por ende que se ocurrió por la vía correspondiente.**

Luego, **de forma genérica se pueden afirmar dos cuestiones: primero, que la parte actora previo a iniciar esta vía recurre a UDECO y; segundo, que en la conciliación intraprocesal tampoco se arriba a un acuerdo.**

Más arriba, al tratar **la no exigencia de asistencia letrada** al consumidor, hacía mención a que mientras muchos lo consideran uno de los grandes beneficios que vino a traer este proceso, yo planteaba mis dudas al respecto.

Analizadas las Sentencias de referencia, esas dudas quedaron despejadas y puedo confirmar que tal requisito **no culmina en un provecho para el consumidor.** Véase así la Sentencia N°5/2016: “... *No tiene claro a quién tiene que demandar, porque el contrató al BSE y ellos a ASSIST CARD ...*”. En el caso, el actor demandó a ambas empresas y las dos comparecieron a la audiencia; sin embargo, de haber estado asesorado el consumidor, debía haber demandado exclusivamente al BSE, con quien contrató y por ende con el proveedor que se trabó la relación de consumo, y luego el Banco reclamar por responsabilidad subsidiaria y solidaria a Assist Card.

En igual sentido, obsérvese que en la Sentencia N°11/2019 se afirma:

lo expuesto en la demanda deja trasuntar que el tiempo para el Sr. N. se transformaba en la razón esencial de viajar en un horario determinado, pero dicha razón (que pertenece a su fuero íntimo) no se transformó en causa del contrato, permaneciendo incólume la causa objetiva de todo contrato de transporte, ya que las circunstancias que motivaron al actor a viajar (contratar) no se demostró fueran conocidas por N.A. S.A., por ende ni siquiera puede hablarse de lo que parte de la doctrina califica como “plazo esencial subjetivo” .

Es decir que no haber explicitado y acreditado correctamente tal extremo, lo condujo a un fallo totalmente desfavorable por cuanto no se acogió la demanda.

Sin perjuicio de ello, **esa falta de asesoramiento se advierte principalmente en oportunidad de ofrecer prueba.** A priori, se advierte que **tanto consumidor y proveedor ofrecen como medios de prueba exclusivamente documental y testimonial, no observándose otros medios de prueba.** La cuestión radica aquí en que la falta de asistencia letrada en el consumidor conlleva dificultades de diversa índole en oportunidad de probar los hechos que alega y eso – como se verá – puede culminar en un fallo que no ampare su demanda o que lo haga parcialmente pero la condena al proveedor lejos está de la suma reclamada.

Veamos entonces en la práctica las deficiencias que acontecen en oportunidad del ofrecimiento de prueba por parte del actor:

- Sentencia N°31/2015: *“Si bien procede que se abonen los daños y perjuicios compensatorios el monto reclamado se estima excesivo, la probanza ofrecida -testimonial- apreciada con rigurosidad por tratarse del esposo de la actora (art. 157 CGP), si bien logra acreditar las molestias padecidas, no acredita el monto reclamado, considerando la sede razonable para compensar las molestias ocasionadas y frustración del negocio la suma de tres mil pesos”* (pedía una condena en la suma de \$80.000 y se acogió parcialmente la demanda condenándose al pago de la suma de \$5.129 por reintegro de lo abonado por el celular y \$3.000 por concepto de daños y perjuicios, suma actualizada de conformidad al Decreto-Ley N°14.500).
- Sentencia N°5/2016: *“No ha sido probado que el actor perdiera un día de su viaje como consecuencia de las molestias padecidas, por ende el monto reclamado es excesivo”* (Reclama U\$S 450 por insatisfacción con el servicio brindado, U\$S 40 por gastos de teléfono; U\$S 60 por traslados y U\$S 350 por concepto de compensación por un día perdido y las molestias. En el Fallo se ampara parcialmente la demanda, condenando a la parte demandada a abonar a la actora la suma total de U\$S 100).
- Sentencia N°11/2019: *“El actor formula su reclamo de indemnización de perjuicios, que dice haber padecido por el retraso en el arribo a la ciudad de Buenos Aires, que determinó no llegara a tiempo para un trámite en un ente estatal argentino para el cual estaba citado, pero no existe prueba que avale sus dichos.*

La empresa demandada controvierte que la salida del buque Silvia Ana hubiera sido tardía, como invoca el Sr. N. También controvierte la existencia del daño sufrido por el pasajero y su cuantía. Ante la controversia y analizada la probanza allegada al proceso por el consumidor, hecha de verse que no hay elemento probatorio alguno, más allá de las propias manifestaciones del Sr. N. efectuadas en la demanda y en su nota presentada el 7 de enero de 2019 en F. T. (fs. 6), que permitan corroborar tales afirmaciones. No hay prueba asimismo, del supuesto reclamo que dice haber formulado durante la travesía en la comisaría del Buque. Ni tampoco existe prueba alguna de la pérdida del turno ante el organismo ANSES, ni de los eventuales daños que dice haber padecido ni de su entidad económica, lo que sella irremediamente su reclamo”.

La falta de asesoramiento en general y en materia probatoria específicamente no solamente se aprecia respecto al fondo como viene de decirse, sino también en la forma de su presentación. Así, en Sentencia N°48/2019 la Sra. Juez expresa:

acompañan prueba documental, fotocopias simples de pasajes y tarjetas de embarque, las que no siendo controvertidas por la parte demandada, acreditan los horarios y el referido itinerario”; y no siendo ello suficiente, más adelante se agrega: *“Si bien no se acompañó la documentación original y las fotocopias agregadas no cumplen con lo dispuesto por el art. 72.1 del CGP, aplicable por remisión del art. 6° de la Ley 18.507, no se trata de prueba prohibida por la regla de derecho y se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico supletorio aplicable (art. 156.2 CGP). A mayor abundamiento la parte demandada no impugnó la prueba documental acompañada con la demanda (pide la devolución de lo abonado por pasaje, los gastos de estadía en Buenos Aires, los gastos de traslado tanto en Montevideo como en Buenos Aires, más los daños y perjuicios resultantes, solicitando en definitiva se le abone la suma de \$8.000. El Fallo no hace lugar a la demanda).*

Sin embargo, **si nos detenemos en la contraparte que sí debe comparecer asistida, se aprecia inmediatamente la diferencia en la cuestión que nos ocupa.**

Ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia N°48/2019:

surge de la prueba documental acompañada por la parte demandada, correo electrónico, entre L. y el Gerente de Coordinación de Vuelos CCO Brasil impreso sin intervención de escribano, no cuestionado por la parte actora, traducido por traductor público, que acredita que a partir de acontecimientos de tráfico se produjeron atrasos en los vuelos desde las 02:20 de 12 de diciembre de 2018, en el Aeropuerto Internacional de San Pablo (Guarulhos), lo que provocó acumulación de tráfico aéreo y nueva coordinación de piso para la secuencia de despegues por lo cual los tránsitos que aún aguardaban la autorización para *pushback* (procedimiento para colocación en pista) y accionamiento debieron permanecer en sus posiciones, lo que provocó la cancelación de tres partidas. Tal situación ingresa en la hipótesis legal de causa extraña no imputable al transportista art. 33 de la Ley 17.250 norma en consonancia con lo dispuesto por el art. 1343 del Código Civil.

...

En la especie la demandada, acreditó que el retraso se originó por razones vinculadas al aeropuerto a cargo de autoridades brasileñas, y asimismo acreditó haber tomado las medidas paliativas necesarias con relación a los accionantes, con el fin de paliar la situación que no le era imputable, reprogramando el viaje en el próximo vuelo.

V). Además y como también sostiene la parte demandada, la demanda carece de medio probatorio alguno que acredite los supuestos perjuicios económicos que dicen los actores haber padecido y que no detallan. En lo que dice relación con la situación de estrés angustia y nervios extremos que también aducen en la demanda, se asiste a similar carencia probatoria. Sin duda se trata de perturbación espiritual que importan, de haberse producido y probado, daño moral.

... el daño moral no opera in re ipsa.

Del estudio de las Sentencias referidas supra se desprende asimismo la **reiterada aplicación del artículo 33 de la LRC**, independientemente del objeto del reclamo. Recordemos que tal norma establece lo siguiente:

el incumplimiento del proveedor, de cualquier obligación a su cargo, salvo que mediare causa extraña no imputable, faculta al consumidor, a su libre elección, a:

A) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación siempre que ello fuera posible.

B) Aceptar otro producto o servicio o la reparación por equivalente.

C) Resolver el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, monetariamente actualizado o rescindir el mismo, según corresponda.

En cualquiera de las opciones el consumidor tendrá derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios o moratorios, según corresponda.

Esta es una norma de reiterada aplicación también en la vía administrativa. En efecto en oportunidad de una mediación, la opción por el cumplimiento de la obligación a cargo del proveedor – en hipótesis que ello sea viable – o, aceptar un producto o servicio por

equivalente, constituyen propuestas que el mediador debe tener presente en el ejercicio de su rol.

Ahora, analizada la jurisprudencia, se observa cómo esta norma en especial, también resulta de gran utilidad en vía judicial.

Otra de las cuestiones que exponía más arriba, era **mi discrepancia con aquellos que piensan que el objeto del reclamo en este tipo de materia siempre es sencillo**. A tales efectos ponía como ejemplos los casos de reclamos de índole financiera y aquellos contra las viajeras. En este último aspecto, detenerse en las Sentencias N°33/2017, 11/2019 y 48/2019 me permite reafirmarlo: en las mismas se aprecia como, **además de ser de aplicación la LRC y el CC en su defecto, también el Convenio de Montreal así como otros instrumentos de carácter internacional son plenamente aplicables**.

En la misma línea, **se perciben los inconvenientes que en ocasiones acontece en materia de jurisdicción**. Cabe traer a colación aquí la Sentencia N°11/2019:

no se cuestionó que la jurisdicción internacionalmente competente sea la justicia uruguaya. Sobre el punto la Sede asumió competencia siguiendo el criterio Asser o criterio objetivo indirecto (arts. 56 de Tratados de Derecho Civil internacional 1889-1940 y 2401 del Apéndice del Código Civil) el cual determina que resultan competentes los jueces del destino del pasajero o los de aquél en el cual se celebró el contrato, a opción el actor.

La Dra. Fresnedo de Aguirre, en conceptos que se comparten, concluye que el lugar de cumplimiento de un contrato de transporte internacional de pasajeros de ida y vuelta es el de destino final del pasajero, en base a la regla de interpretación prevista en el art. 34 b) del TDCIM de 1889. “Esta línea de interpretación lleva a una solución coincidente con la solución específica prevista en el art. 17 del TDCComTM de 1940 (...) que prevé que el contrato se rija por la ley del lugar de destino del pasajero”. Asimismo los arts. 25 y 26 del Tratado de Navegación Comercial Internacional de 1940 establecen para contratos de transporte de personas, que rige la ley del lugar de su ejecución, entendiendo por tal el del puerto de desembarque de las personas -en el caso la ROU por tratarse de un pasaje de ida y vuelta.

El art. 27 de dicho Tratado confiere la opción al actor para demandar ante el tribunal del Estado cuya ley es aplicable o la del domicilio del demandado. En el ocurrente el actor realizó la opción de demandar ante este Tribunal, que como se estableció supra, es internacionalmente competente.

Debo admitir que el presente estudio, además de evacuar ciertas incertidumbres planteadas supra y confirmar cuestiones que intuía (v. gr. que la asistencia letrada para el consumidor resulta necesaria, las dificultades que pueden plantearse en relación con la jurisdicción, que el objeto del reclamo en este tipo de proceso no siempre resulta sencillo), sí me sorprendió en otros aspectos. Específicamente **me sorprendió – gratuitamente- la valoración que se hace del principio de buena fe**.

En esta línea, encontramos que en la Sentencia N°31/2015 se alega:

como sostiene Dora Szafir la obligación de informar, de origen legal, y que se funda en el principio general de buena fe, tiene por cometido o función el equilibrio de los contratantes y la prevención de daños a los consumidores, siendo aplicable todo tipo

de prestación de productos o servicios. (Cfr. Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.250, p. 264). Sostiene la autora, que la información no puede limitarse a la etapa previa al contrato, debe acompañarlo en su evolución abarcando el periodo de perfeccionamiento y aún de ejecución”.

Y luego en la Sentencia N°30/2018 se afirma “Requerida en forma extrajudicial en varias oportunidades y en sede administrativa no procedió a dicho pago, por lo que su conducta viola el deber de actuar de buena fe.

6. Una perspectiva en la región: la vía judicial en materia de relaciones de consumo en el MERCOSUR

En el año 2018, el Comité Técnico N°7 “Defensa del Consumidor” en el ámbito del MERCOSUR, culminó con la elaboración del “Atlas Mercosur de Derecho de Reparación de Daños en las Relaciones de Consumo”, el que se hizo con el trabajo conjunto de todas las agencias de defensa del consumidor del Mercosur (ARGENTINA: Secretaría de Comercio - Ministerio de Producción; BRASIL: Secretaria Nacional del Consumidor - Ministerio da Justiça; PARAGUAY: Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario; URUGUAY: en dicha oportunidad denominada Área Defensa del Consumidor - Dirección General de Comercio - Ministerio de Economía y Finanzas).⁶

Uno de los puntos donde cada país debía pronunciarse era el relativo a la “Esfera judicial”, detallando en dicho capítulo las herramientas disponibles para reclamar por dicha vía en la temática de referencia.

A continuación, se expondrán extractos de las respuestas que aportó cada uno de los Países Miembro.

6.1. El caso de Argentina

Luego de citar el artículo 42 de la Constitución Nacional, el que su último párrafo determina que

... La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”, en el punto mencionado hizo alusión a la creación “en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo (art. 41) que “será competente en las causas referidas a relaciones de consumo regidas por la ley 24.240, sus modificatorias y toda otra normativa que regule relaciones de consumo y no establezca una jurisdicción con competencia específica, en aquellas causas en las cuales el monto de la demanda, al tiempo de incoar la acción, no supere el valor equivalente a cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles” (art. 42).

Y a posteriori especificó:

En este marco, “El proceso ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, se ajustará a las siguientes normas procesales:

a) Con la demanda y contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental;

6 Personalmente tuve la oportunidad de participar en la elaboración de dicho trabajo por desempeñarme en dicho momento en carácter de Coordinadora Nacional Alterna del Comité Técnico N°7 “Defensa del Consumidor” en el ámbito del Mercosur.

b) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, recusación sin causa ni reconvencción;

c) En la primera resolución posterior a la contestación de demanda o vencido el plazo para hacerlo, el juez proveerá la prueba ofrecida que considere conducente a la dilucidación del caso y descartará fundadamente la que considere inidónea para ello.

No procederá la prueba de absolución de posiciones y se admitirán como máximo tres (3) testigos por parte;

d) Todos los plazos serán de tres (3) días, con excepción del de contestación de la demanda y el otorgado para la interposición fundada de la apelación y para la contestación del traslado del memorial, que serán de cinco (5) días;

e) La audiencia deberá ser señalada para dentro de los quince (15) días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo;

f) La audiencia será pública y el procedimiento oral. La prueba será producida en la misma audiencia y, sólo en casos excepcionales, el Juez en las Relaciones de Consumo podrá fijar una nueva audiencia para producir la prueba pendiente, la que deberá celebrarse en un plazo máximo e improrrogable de treinta (30) días;

g) Sin perjuicio de lo establecido en el inciso f), en la audiencia el juez podrá, como primera medida, invitar a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de resolución de conflictos que acordarán en el acto;

h) No procederá la presentación de alegatos;

i) El Juez en las Relaciones de Consumo dictará sentencia en el mismo acto de la audiencia, o bien emitirá en ésta el fallo correspondiente y diferirá su fundamentación, la que deberá manifestarse dentro del plazo de cinco (5) días desde la fecha de celebración de aquélla; si la complejidad de la causa lo exigiera, podrá posponer el dictado de la sentencia, la que pronunciará dentro del plazo mencionado;

j) La sentencia se notificará personalmente a las partes en el mismo acto de la audiencia.

Para el supuesto excepcional previsto en el inciso i) se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;

k) Sólo serán apelables las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias y las sentencias definitivas, excepto aquellas que ordenen el pago de sumas de dinero hasta el equivalente a cinco (5) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles, las que serán inapelables;

l) La apelación se concederá en relación, con efecto suspensivo, salvo cuando el incumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable, en cuyo caso, se otorgará con efecto devolutivo;

m) Todo pago que deba realizarse al consumidor o usuario, en conceptos comprendidos por las disposiciones de la presente ley, se deberá efectivizar mediante depósito judicial a la orden del juzgado interviniente y giro personal al titular del crédito o sus derechohabientes; todo pago realizado sin observar lo prescripto es nulo de nulidad absoluta.

El Juez podrá aplicar la multa que establece el artículo 52 bis de la ley 24.240 y sus modificatorias, a cuyo efecto no se encontrará limitado por el monto establecido en el artículo 42 de la presente ley (Art. 53)''.

Sin embargo, seguidamente finaliza el capítulo afirmando que dicho fuero especializado aún no ha sido implementado, por lo que la ciudadanía dispone – a la fecha de elaboración de dicho Atlas – de la posibilidad de ocurrir **vía la justicia ordinaria civil o comercial**.

6.2. El caso de Brasil

El Código de Defensa del Consumidor que tiene este país hace alusión a los siguientes órganos: **Defensoría Pública, Ministerio Público y Juzgados Especiales Civiles**. En cuanto a éstos últimos expresa:

las demandas judiciales del derecho del consumidor son generalmente decididas por los Juzgados Especiales Civiles, que tratan casos de menor complejidad y menor valor económico conforme a la ley 9099/1995: Art 3° El juzgado especial civil tiene competencia para la conciliación proceso y juzgamiento de las causas civiles de menor complejidad, así consideradas:

I- Las causas cuyo valor no excedan a 40 veces el salario mínimo. II- Las enumeradas en el artículo 275, inciso 2, del Código de Proceso Civil; III- La acción de desalojo para uso propio; IV- Las acciones posesorias sobre bienes inmuebles cuyo valor no exceda lo fijado en el inciso 1ero de este artículo. Inciso 1ero, compete al Juzgado Especial promover la ejecución: I- de sus juzgados; II- de los títulos ejecutivos extrajudiciales con valor de hasta 40 veces el salario mínimo, observado en lo dispuesto en el inciso 1ero del artículo 8 de esta ley. Inciso 2do quedan excluidos de la competencia de juzgado especial las causas de naturaleza alimentaria, faltante, fiscal y de intereses de la Hacienda Pública, y también las relativas a accidentes de trabajo a residuos y al estado y capacidad de las personas, aunque de carácter patrimonial. Inciso 3 La opción por el procedimiento previsto en esta ley importará en renuncia al crédito excedente al límite establecido en este artículo, exceptuada la hipótesis de conciliación.

6.3. El caso de Paraguay

En Paraguay los consumidores – a la fecha de elaboración de dicho Atlas – únicamente disponen de la **vía civil ordinaria**. Al respecto dicho País Miembro explica:

si bien un proceso ordinario permite amplitud de debate, los plazos extensivos, la carga probatoria en contra del actor, y demás cuestiones constituyen un impedimento para un resarcimiento pronto y barato para el consumidor. Además, tribunales paraguayos se encuentran en la dificultad de contar con una sobrecarga inmensa de trabajo que deviene en la lentitud en la mayoría de los procesos judiciales.

Otro factor recurrente en esta esfera deviene de la falta de juzgados especializados en el sector de derechos del consumidor y usuario. Tal situación revierte e implica que el Juez Civil y Comercial antes de fallar en cuanto a una demanda de daños por relaciones de consumo debe desarrollar una gran labor investigativa y de conciencia a fin de sentenciar conforme a derecho debido a la amplitud de lo relacionado a la defensa de los derechos del consumidor. Tal lentitud en los procesos, el costo de tramitación de los juicios y la falta de previsibilidad jurídica desalientan a gran parte de los usuarios de exigir el cumplimiento de sus derechos, especialmente en los incumplimientos menores por parte de los proveedores dejado así la justicia a usuarios indemnes en los perjuicios ocasionados por los infractores”.

6.4 Algunas consideraciones: Uruguay y la región

De lo que viene de decirse se aprecia que, a la fecha de elaboración de dicho Atlas y en este punto, **nuestro país es el mejor posicionado en el ámbito del Mercosur.**

En efecto, **si nos detenemos en Argentina** se aprecia que disponen – en términos generales – de lo que para nosotros sería un proceso ordinario con algunas particularidades que redundan en la abreviación de los plazos, aspecto este último que sería compartido con Uruguay.

Destaco de dicho País Miembro la especialidad de los Jueces a cargo de este tipo de asuntos.

Sin embargo, a pesar de los diversos aspectos positivos que puedan destacarse, hasta el año 2018 dicho proceso jamás fue puesto en práctica y funcionan como una secretaría dentro de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo (las causas por especialidad de dicho fuero que trata dicha secretaría tienen una rotación por Juzgado de seis meses) y exclusivamente en la ciudad de Buenos Aires; por lo que, el consumidor que desea reclamar fuera de la capital, debe ocurrir por la vía ordinaria.

En el caso de Brasil, veo una semejanza entre la competencia de los Juzgados Especiales Civiles y las Sedes de Paz de nuestro país. También allí **dependiendo del monto reclamado es necesaria la asistencia letrada o no.** En efecto, el artículo 9 de la Ley N°9.099 establece: *“En las causas de valor hasta veinte salarios mínimos, las partes comparecerán personalmente, pudiendo ser asistidos por abogados; en las de valor superior, la asistencia es obligatoria”*.

Finalmente, **el consumidor paraguayo lamentablemente no dispone de herramienta alguna en la esfera judicial fuera de la vía ordinaria.** Lo expuesto por dicho país me recuerda las afirmaciones de la Dra. Szafir que fueron expuestas más arriba:

cuando la reclamación no tiene un contenido patrimonial significativo, el consumidor se resigna a su suerte, porque frente a un procedimiento largo, con asistencia letrada obligatoria, resulta más oneroso reclamar que no hacerlo.

Estos abusos por un monto pequeño en cada relación de consumo, sabiendo que no tendrán reclamos por lo dispendiosos que éstos resultan, generan ganancias inimaginables” (Szafir, 2009, p. 19).

7. CONSIDERACIONES FINALES

7.1. Previo a la promulgación de la Ley N°18.507 el consumidor que quería plantear un reclamo originado en una relación de consumo disponía de herramientas que actualmente siguen a su alcance en nuestro ordenamiento jurídico. Así, puede ocurrir vía administrativa, presentándose ante UDECO u otros de los organismos con competencia en la materia como URSEC si de telecomunicaciones o asuntos postales se trata, a fin de recibir gratuitamente asesoramiento y una mediación con el proveedor involucrado.

De resultar infructuosa dicha vía, tiene a su alcance hacerlo en la esfera judicial a través del proceso ordinario el que, acorde a la cuantía reclamada, tramitará ante la Sede de Paz o Civil.

Entrada en vigor la Ley N°18.507 la misma es promocionada como un gran instrumento disponible para el consumidor. Si bien no vino a traerle a este “su día ante el tribunal”, no cabe duda de que sí vino a aportarle un mecanismo “ágil” y “eficaz” de conformidad al artículo 6 lit. g) de la LRC.

Precisamente la sumariedad fue el elemento que estuvo latente en la exposición de motivos de esta Ley.

- 7.2. Si bien se da por hecho que la legitimación activa la detentará el consumidor y la pasiva el proveedor, al referir el presente proceso a causas originas en relaciones de consumo y partiendo de la base que en el marco de dicho vínculo acreedor y deudor son indistintos, hay doctrina que entiende que el proveedor entonces podrá ser el actor.

Entiendo que si bien el fundamento es lógico, no se condice ni con el fin de esta Ley ni con lo que acontece en la práctica judicial.

- 7.3. En materia colectiva nuestro ordenamiento jurídico solamente dispone de la previsión del artículo 42 del CGP para el caso de intereses difusos; no existiendo acciones colectivas en materia de derecho del consumo. Esto nos diferencia con Chile, país en el que SERNAC que es la agencia de protección al consumidor sí detenta legitimación para ello y se logran magníficos resultados.

- 7.4. Entiendo oportuno que la competencia en este proceso la detenten las Sedes de Paz, el tope de cuantía previsto por la Ley N°18.507 es coherente con la solución de la LOT.

Durante el desarrollo del presente trabajo se señaló que hay doctrina que señalaba como un elemento necesario la creación de Juzgados especializados en la materia.

Ello no es viable en la actualidad de nuestro país, máxime, por ejemplo, ante la necesidad de crear más Juzgados especializados en materia de Violencia de Género.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia demuestra que los jueces sí están formados en materia de relaciones de consumo; prueba de ello son las reclamaciones contra las agencias de viaje donde se aprecia no solamente el dominio en dicha materia sino también normativa que va más allá de la LRC y que debe ser aplicable en estos procesos como lo es el Convenio de Montreal y demás normativa internacional.

- 7.5. Si a lo que viene de decirse, nos detenemos en las cifras de asuntos tramitados ante la ORDA por este proceso, inmediatamente se concluye que la masificación que se preveía con la promulgación de la Ley que nos ocupa, no fue tal; persistiendo la mayoría de los reclamos en la órbita administrativa y no judicial.
- 7.6. Resulta menester tener presente los inconvenientes que pueden suscitarse en oportunidad de notificar al proveedor si tomamos en cuenta que el comercio tradicional ha sido sustituido por el e-commerce, y ello preexiste a la pandemia mundial.

La compra a través de las diferentes apps que descargamos diariamente sin leer muchas veces previamente sus términos y condiciones, si bien nos proporcionan comodidad y en muchas ocasiones mejor calidad a un mejor precio, en oportunidad de plantear un reclamo por dichas compras, nos colocan ante grandes dificultades en virtud de las cláusulas de legislación y jurisdicción aplicable.

- 7.7. Esta Ley vino a traer una estructura sumaria pero enmarcada en el régimen general del CGP. Así, ante la incomparecencia del actor – para el caso que recaiga en la persona del consumidor – prever la misma consecuencia que para el proceso ordinario, no resulta atinado.

El legislador quiso crear un proceso que se acerque a la gente y luego de imponerle al consumidor la carga de informarse de la audiencia; de no comparecer a la misma, lo castiga teniendo por desistida su pretensión. Gran contradicción a mi criterio.

Y dando un paso más allá, por un lado, se motiva al consumidor a que ocurra por esta vía porque no precisa asistencia letrada y por otro, “El actor podrá justificar su incomparecencia mediante los recursos de reposición y apelación con efecto suspensivo...” (artículo 340.2 del CGP); fórmula alejada de la realidad.

- 7.8. El precio que se paga por disponer de este mecanismo ágil y eficaz es muy alto y ello, a mi juicio, aplica tanto para consumidores como para proveedores.

La carga del actor – para el caso que recaiga en la persona del consumidor- de informarse de la fecha de la audiencia, la falta del traslado de la demanda, la inapelabilidad de la sentencia definitiva, la eliminación de un proceso revisivo posterior; son todas cuestiones que culminan afectando el debido proceso y en muchas ocasiones pasibles de una acción de inconstitucionalidad (obsérvese, como ya se hizo, la Sentencia N°221/2010).

- 7.9. Tentar al consumidor a que ocurra por esta vía por cuanto no requiere de asistencia letrada, pensando en que ello será subsanado con los poderes de dirección y ordenación del proceso que detenta el juez, es una falacia.

Aún en la hipótesis en que el magistrado sin recaer en la parcialidad y un prejuizamiento, trate desigual a los desiguales, jamás dicha actuación suplantarán los resultados que se obtienen cuando la parte comparece asistida. Prueba de ello se apreció en el análisis de la jurisprudencia: en algunos casos no se prueban los hechos invocados, en otros no saben siquiera a quién demandar.

- 7.10. Respecto a la posibilidad que plantean determinados autores de reconvenir o emplazar a terceros, tratando de encauzarlo a través de la prórroga prevista en el artículo 2.4, entiendo no es plausible. La norma no da lugar a una doble interpretación: la prórroga es exclusivamente a efectos de continuar con el diligenciamiento de la prueba.

- 7.11. Si nos detenemos en las cifras de tramitaciones en la vía administrativa, se deduce sin hesitación alguna que los consumidores siguen optando por ésta última. Así, desde el año 2010 hasta el corriente, en ambas órbitas (administrativa y judicial) el pico aconteció en el año 2017 pero mientras en UDECO se celebraron 2.757 audiencias, en la ORDA se iniciaron 338 procesos con el asunto “Relaciones de

Consumo de la ley 18507”; esto significa que la vía administrativa registró una actividad ocho veces mayor a la judicial.

- 7.12. El análisis de las sentencias permite confirmar, como ya se dijo, la amplitud en lo que al objeto del reclamo concierne. El concepto de relación de consumo abarca tan diversa temática que hace que no sea de aplicación exclusivamente la LRC en el asesoramiento y la solución de los conflictos.

Luego, a priori, se advierte que las dificultades no radican en la falta de competencia ni de legitimación, sino que las mismas se originan en lo que forma parte de la publicidad que se le da a esta Ley: la no exigencia de asistencia letrada. En este sentido, la práctica forense nos muestra claramente que los consumidores no saben a quién demandar o lo hacen erróneamente y la falta o escasa prueba de los hechos invocados, desencadenan en sentencias de desestimación de la demanda o bien, acogiendo la misma, pero en montos excesivamente alejados de lo pretendido.

Por otro lado, me sorprendió – favorablemente – la importancia que se le otorga a la buena fe en oportunidad de estimar la conducta del proveedor.

Si nos detenemos a ver qué acontece a nuestro alrededor, tomando como referencia el Mercosur, al menos al 2018, nuestro país está muy bien posicionado: si bien Argentina dispone de un proceso con características que conllevan a la abreviación de los plazos y con Jueces especializados en la materia, hasta dicho año el mismo no había sido puesto en práctica y funcionan como una secretaría dentro de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo (las causas por especialidad de dicho fuero que trata dicha secretaría tienen una rotación por Juzgado de seis meses) y exclusivamente en la ciudad de Buenos Aires; la opción de Brasil es semejante a la nuestra en el sentido de exigir asistencia letrada según la cuantía y; en el caso de Paraguay, el consumidor únicamente dispone de la vía ordinaria.

- 7.13. En definitiva, entiendo que la Ley N°18.507 vino a aportarle al consumidor una herramienta más, y trayendo a colación una vez más las palabras de la Dra. Landeira, quien culminaba su entrevista expresando: *“De todas formas este es un proceso adicional que no sustituye al proceso ordinario del CGP”*.⁷

No comparto el hecho de tildarla como beneficiosa tal como muchos lo hacen, ello por cuanto las características que conducen a calificarla de tal forma, como ya lo

7 El análisis de las entrevistas realizadas en el marco de esta investigación, destacando que las mismas fueron realizadas a personas con distintas ópticas a partir del desempeño de diferentes roles (Dra. Karen Seoane - Juez de Paz Departamental de la Capital, Dr. Álvaro Fuentes - Encargado de Despacho de UDECO, Dra. Mariella Bernasconi - Profesora Adjunta Titular de la asignatura Opcional Teórico Práctica Relaciones de Consumo de la FDer, UDELAR, y Dra. Raquel Landeira - Profesora de Posgrado de Derecho Procesal Aplicado en la Universidad de Montevideo), confirma que frente a la pregunta objeto del presente trabajo, difícilmente obtenemos un sí rotundo. Salvo el caso del Dr. Fuentes que así lo hizo, en el resto de las entrevistas se aprecia que en general se entiende que estamos ante una herramienta que beneficia al consumidor, pero no a cabalidad en la forma en que está establecida. Así vemos que la Dra. Seoane si bien dentro de su respuesta afirmó que “Se asiste a un grado elevado de conciliaciones intraprocesales y ello es beneficioso para ambas partes y sin duda para el consumidor.”; sin embargo, comenzó la misma expresando “fue pensado quizás para casos de causas sencillas y de poco monto económico, monto que está establecido en la ley. Sin perjuicio de ello se canalizan por este proceso, todo tipo de cuestiones que ingresan en el concepto legal de relaciones de consumo, no siempre sencillas.”. En la misma línea, la Dra. Landeira luego de transmitir que estamos en presencia de una “herramienta beneficiosa y ágil para el consumidor”, no dejó de advertir las dificultades para su instrumentación. Del mismo modo, siguiendo el hilo conductor que mantuvo durante toda su entrevista, la Dra. Bernasconi resaltaba que la herramienta beneficiosa para el consumidor existe si la misma exige una asistencia letrada obligatoria.

he dicho, lo es a costa de un muy alto precio como lo son las garantías del debido proceso.

La práctica lo confirma en todo sentido. Así, comparando las cifras de reclamos tramitados vía administrativa y judicial, se observa que los consumidores siguen optando por la primera de las nombradas.

Para aquellos que ocurren vía judicial, la jurisprudencia demuestra que la falta de asistencia letrada conduce a los consumidores a incurrir en errores que desencadenan en sentencias directamente desfavorables o si bien, favorables, muy alejadas de su pretensión.

Quizás a 13 años de la entrada en vigor de la Ley N°18.507 y más de 20 de la Ley N°17.250, se hacen necesarios ajustes cuando de defensa del consumidor se habla. A modo de ejemplo y en lo que a la primera concierne, el proyecto presentado por PROMOLE a través del Instituto de Técnica Forense proponiendo patrocinio obligatorio a partir de reclamos por un monto de 10 UR; y, en lo que refiere a la segunda de las normativas nombradas, fortificar las potestades conferidas a las autoridades con competencia en materia de defensa del consumidor, resultan ser un buen paso del camino que es necesario emprender.

Referencias bibliográficas

- Comité Técnico N°7 “Defensa Del Consumidor” – Mercosur (2018). *Atlas MERCOSUR de Derecho de Reparación de Daños en las Relaciones de Consumo*. Coordinación: Argentina: Secretaría de Comercio – Ministerio de Producción; Brasil: Secretaría Nacional del Consumidor – Ministerio da Justiça; Paraguay: Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario; Uruguay: Área Defensa del Consumidor – Dirección General de Comercio – Ministerio de Economía y Finanzas (actualmente Unidad de Defensa del Consumidor, órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas).
- Gómez Pardo, F. y Gómez García, L. (2011). Eventuales inconstitucionalidades y otras cuestiones vinculadas a los procesos de pequeñas causas en las relaciones de consumo. *Revista de Derecho y Tribunales*. N°15, Edit. AMF.
- Guerra Pérez, W. (2009). Nueva ley de procedimiento para el reclamo por relaciones de consumo. *Revista CADE: Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo 2, Año 1.
- Guzmán Emmerich, A. M. (2014). La conciliación previa. ¿Institución no grata en las pequeñas causas de relaciones de consumo? *Reformas Legislativas 2013-2014*. CADE. N°57.
- Morales, M. (2011). *Casos prácticos de pequeñas causas. Temas de derecho de consumo. VIII Jornadas Internacionales de Relaciones de Consumo*. Centro Interdisciplinario de Relaciones de Consumo. Facultad de Derecho. Udelar. 1era Edición. FCU.
- Paganini, D. y Weisz, F. (1995). Extensión de la justicia a las clases carenciadas. Juzgados Especiales de Pequeñas Causas Civiles. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. N° 4.

- Pereira Campos, S. y Rodriguez, C. (2009). Nuevo Proceso para Reclamaciones Judiciales de Consumidores. Ley N°18.507". *Tribunal del Abogado*. N°164.
- Perera, J. (2011). Cinco apuntes procesales en proceso por relaciones de consumo, ley N°18.507. *Revista de Legislación Uruguaya 2011 (junio) 41*. Fuente: La Ley.
- Szafir, D. (2009). El Estado ha cumplido con la Sociedad. Una Ley necesaria. *Tribunal del Abogado* N°164.
- Techera, V. y Elorza, K. (2010). Nuevo procedimiento para causas judiciales originadas en relaciones de consumo: aspectos prácticos. *Revista ADE: Profesionales y Empresas*. Tomo 3, Año 2 (enero 2010).
- Véscovi, E. (1978). El Derecho Procesal y la Protección del Consumidor. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. N°1. FCU.
- Rivas, A. G. (2011). Proceso laboral autónomo como aplicación del principio protector. *Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região Rio Grande do Sul – Brasil*. Escola Judicial. Ano VII, Numero 121, 1ª Quincena de Julho de 2011. Págs. 110 – 120.
- Sentencia Suprema Corte de Justicia. IUE 358/91. Fuente: La Ley. Cita Online: UY/JUR/97/1991.
- Sentencia N°221/2010 – Suprema Corte de Justicia.
- Sentencia N°433/2011 – Suprema Corte de Justicia.
- Sentencia N°1.298/2011 – Suprema Corte de Justicia.
- Sentencia N°2/2011. Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 5° Turno. IUE 2-57272/2010. Fuente: La Ley. Cita Online: UY/JUR/321/2011.
- Sentencia N°31/2015 – Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno.
- Sentencia N°5/2016 – Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno.
- Sentencia N°33/2017 – Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno.
- Sentencia N°30/2018 – Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno.
- Sentencia N°11/2019 – Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno.
- Sentencia N°48/2019 – Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17° Turno.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

MATÍAS LEA PLAZA

La infracapitalización societaria y el nuevo paradigma del Derecho Comercial

MARY BETH APKER

The United States as a melting pot of cultures: universality of human rights

MATÍAS LEA PLAZA

Estudiante de Derecho, Universidad de Montevideo (Uruguay)

mleaplaza@correo.um.edu.uy

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8244-6692>

Recibido: 30/10/2022 - Aceptado: 15/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Lea Plaza, Matías (2022). La infracapitalización societaria y el nuevo paradigma del Derecho Comercial.

Revista de Derecho, 21 (42), 277-296. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.11>

La infracapitalización societaria y el nuevo paradigma del Derecho Comercial

277

Resumen: El objeto del presente trabajo es desarrollar y entender el complejo fenómeno de la Infracapitalización societaria, y cómo se relaciona con el derecho societario y la responsabilidad limitada. Se repasará brevemente la evolución histórica del derecho societario y la responsabilidad limitada, así como las normas sobre la Infracapitalización en el ordenamiento uruguayo y su desarrollo doctrinario y jurisprudencial. En adición también se desarrolla una mirada desde el derecho comparado. Finalmente, se realizará una apreciación de cómo se pueden armonizar el régimen de la responsabilidad limitada y el fenómeno de la Infracapitalización.

Palabras clave: Infracapitalización, Infracapitalización Nominal, Infracapitalización Material, Responsabilidad Limitada

Corporate Undercapitalization and the New Paradigm of Commercial Law

Abstract: The purpose of this paper is to develop and understand the complex phenomenon of corporate undercapitalization, and how it relates to corporate law and limited liability. We will briefly review the historical evolution of corporate law and limited liability, as well as the rules on Undercapitalization in the Uruguayan legal system and its doctrinal and jurisprudential development. In addition, a comparative law perspective will be developed. Finally, an assessment of how the limited liability regime and the phenomenon of Undercapitalization can be harmonized will be made.

Keywords: Undercapitalization, Nominal Undercapitalization, Material Undercapitalization, Limited Liability

A infracapitalização das empresas e o novo paradigma do direito comercial

278

Resumo: O objectivo deste documento é desenvolver e compreender o complexo fenómeno da subcapitalização empresarial, e como se relaciona com o direito das sociedades e a responsabilidade limitada. Passará brevemente em revista a evolução histórica do direito das sociedades e da responsabilidade limitada, bem como as regras sobre subcapitalização no sistema jurídico uruguaio e o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Além disso, será também desenvolvida uma perspectiva de direito comparado. Finalmente, será feita uma avaliação de como o regime de responsabilidade limitada e o fenómeno da subcapitalização podem ser harmonizados.

Palavras-chave: Subcapitalização, Subcapitalização Nominal, Material de Subcapitalização, Responsabilidade Limitada

1. Introducción

Cuando hablamos de Sociedades Anónimas (SA), o Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), nos estamos refiriendo a algunos de los instrumentos jurídicos más importantes en la actividad comercial, tanto para la estructura económica actual como para el desarrollo futuro del comercio y el crecimiento de nuestro país.

Esto se debe a que estas figuras han probado ser la plataforma jurídica más idónea a la hora de suministrarle a los comerciantes las garantías y necesidades que requerían para poder desarrollar exitosamente sus emprendimientos. Tanto en materia de limitación de responsabilidad como en materia de organización, las SA y SAS ofrecen un modelo que muy pocos tipos sociales uruguayos pueden igualar.

De acuerdo con las estadísticas de la Dirección General Impositiva (DGI) la innovadora figura de la SAS, donde justamente se prioriza la autonomía de la voluntad, está tomando un lugar preponderante en la composición empresarial uruguaya (Belloq, 2022), dejando en lugares marginales otros tipos sociales, donde la responsabilidad no se limita de la misma forma y el empresario no tiene tanta libertad.

Con base en esta realidad, es que se presenta el problema de la Infracapitalización. Puesto que, como hemos mencionado anteriormente, la responsabilidad limitada es una de las grandes ventajas de las SA y SAS, y las normas sobre Infracapitalización pueden llegar a afectar el paraguas de seguridad que tienen estas sociedades para las inversiones.

2. Breve perspectiva histórica

A la hora de analizar la responsabilidad limitada, es necesario destacar algunos de los principales momentos históricos que han marcado la evolución de las instituciones societarias y el patrón común que podemos identificar en todos ellos.

En primer lugar su concepción, cuando hablamos de *lex mercatoria*, estamos refiriéndonos a un ámbito jurídico muy particular. Como indica Galgano, el *ius Mercatorum* “por tanto nace como un derecho creado directamente por la clase mercantil, sin mediación de la sociedad política; nace como un derecho impuesto en nombre de una clase, y no en nombre de la comunidad en su conjunto” (Galgano, 1981, pp. 47-49). Esto determina que siempre se debe tener un particular énfasis en el fin último de esa *lex mercatoria* a la hora de interpretarla y entenderla, siendo que la ley será en esencia de carácter accesorio, una mera plataforma útil e idónea para el empresario o mercader. En cierta forma, cuando el derecho comercial deja de ofrecer esta practicidad, pierde sentido, puesto que justamente está contrariando su principio fundador.

Esta idea se puede corroborar en el desarrollo posterior del derecho comercial. Durante el Siglo XVII surgen las compañías Coloniales. Estos instrumentos representaron una gran innovación jurídica en su momento, y su surgimiento responde “Primero. A un desafío representado en la colonización de los nuevos territorios o la explotación de las rutas al oriente. Segundo. El reto que supone una inversión inmensa en donde los fondos reales son insuficientes” (Miller, 2019, p. 26)

Como indica Miller para responder a estos desafíos, este nuevo instrumento tenía tres aspectos fundamentales: primero tenían una personalidad jurídica propia; segundo se limita la responsabilidad de los aportantes, justamente para que el producto fuera “atractivo para invertir”; y finalmente el aportante no estaba atado en permanencia a la sociedad, pudiendo irse cuando quisiera de la operación.

Sin embargo, por todos los elementos disruptivos que represento la compañía colonial, con el desarrollo previo de la *lex mercatoria*, presenta un elemento común. Su vigencia y auge, está estrechamente relacionado con la utilidad y ventajas que le ofrece al comerciante.

Hace 400 años la gran innovación fue la de las sociedades coloniales, un instrumento perfecto para afrontar todos los desafíos que presentaba el descubrimiento de América y la apertura de las nuevas rutas comerciales a oriente.

Hoy en día el comercio cambió, pero el rol y objetivo del derecho comercial se mantiene: ser una herramienta idónea y practica para que el empresario pueda desarrollar su actividad comercial. Los desafíos que los comerciantes del presente enfrentan, no son los de grandes distancias o los de falta de comunicación, sino los de la globalización y auge del software y los servicios digitales. Hoy en día el emprendedurismo se presenta como uno de los elementos más esenciales para la prosperidad de las Naciones. Sobran los ejemplos de pequeños emprendedores que hace 30 años operaban desde sus garajes y hoy lideran algunos de los conglomerados económicos más grandes del mundo. O los de empresas uruguayas que iniciaron como pequeñas Start-Ups, y hoy en día son las empresas más valiosas de nuestro país.

Es así como podemos arribar a la primera conclusión, tras este breve repaso histórico: que el desarrollo del derecho comercial durante la historia responde a una constante innovación en las formas en que se desarrolla el comercio y las nuevas necesidades que tiene el empresariado. Por lo tanto, el derecho comercial siempre se ha desarrollado como respuesta a las necesidades de los comerciantes y ha prosperado en la medida en que el comerciante ha encontrado en el derecho un lugar idóneo para desarrollar su actividad.

Por todo esto podemos afirmar con certeza, que es responsabilidad del derecho comercial enfrentar este nuevo paradigma, ofreciéndole a estos jóvenes empresarios, con escasos recursos, pero grandes expectativas, todos los elementos jurídicos necesarios para poder desarrollar su actividad.

3. La infracapitalización en el derecho uruguayo

3.1 Concepto

El concepto de Infracapitalización es relativamente nuevo en nuestra legislación, pero la doctrina ya lo había recogido y desarrollado previamente. Entre las definiciones más destacadas podemos encontrar:

- Paz-Ares: “constituye Infracapitalización cualquier desproporción conmensurable o inequívocamente constatable entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social” (Paz-Ares, 1983, p. 1588)

- Ramírez Bosco: “es la manipulación del patrimonio social con el objeto de trasladar indebidamente el riesgo a los acreedores” (Bosco, 2004, p. 77)
- Ulmer: “cuando su capital propio no es suficiente satisfacer, de acuerdo con el tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros” (Como se citó en Olivera García, 2020)
- Olivera García: “la situación en cual la sociedad cuenta con recursos propios notoriamente insuficientes para el desarrollo de la actividad empresarial que se propone desarrollar” (Olivera García, 2018, p. 56)

A mi entender, Infracapitalización, refiere al supuesto en que el capital social es manifiestamente insuficiente para realizar la actividad de la empresa, o no está correctamente expresado, por un uso incorrecto del instrumento societario, con el fin de evitar los riesgos asociados con la actividad empresarial.

En adición a estas definiciones, es importante destacar que como señala Laura Chalar Sanz (2018), no nos tenemos que dejar engañar por la etimología de la “Infracapitalización”, pues la capitalización adecuada no se limita al capital social en sentido estricto; debe entenderse que ella significa el mantenimiento de todos los recursos integrantes del patrimonio social y que sean necesarios- más allá de su categorización contable o técnica- para conservar la operativa de la sociedad. (p. 398)

3.2 Tipos de Infracapitalización

Es importante precisar las distintas formas que puede adoptar la Infracapitalización, Olivera García las explica de la siguiente forma:

Infracapitalización material: cuando los recursos propios aportados por los socios o accionistas, o mantenidos por estos en la sociedad, son notoriamente insuficientes para el desarrollo de la actividad que estos se proponen realizar.

Este tipo de Infracapitalización puede surgir de forma originaria, estos son, cuando la Infracapitalización se genera en la propia constitución de la sociedad, y desde el inicio esta es incapaz de llevar adelante su actividad. O superviniente, cuando la Infracapitalización surge posteriormente, por ejemplo, por un excesivo retiro de capitales.

Infracapitalización Nominal: cuando los socios o accionistas aportan efectivamente los recursos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial propuesta. Sin embargo, este aporte no es realizado a título de capital, sino que resulta total o parcialmente, realizado a título de préstamo u otra forma de crédito. (2018, pp. 58-59)

3.3 El derecho positivo uruguayo

3.3.1 El artículo 193

El problema esencial que acarrea la Infracapitalización societaria se relaciona con la decisión político-social de la función del capital en la actividad societaria, la cual choca entre los intereses mercantiles (aportes para inversión) y los fines sociales de ciertos

stakeholders (crear una función de garantía mínima de protección), y cómo esto genera perjuicios en los acreedores sociales.

El problema de la Infracapitalización aparece pues en situaciones de crisis, donde es necesario tener aportes especiales para poder acceder a cubrir deudas que aparentan ser impagables. Esta situación aparece más claramente visible en situaciones de crisis empresarial que derivan en concursos.

En la Ley de Proceso Concursal N° 18387 de 2008 (LC en adelante), el artículo 193 establece presunciones absolutas para la declaración del concurso como culpable, como se verá más adelante. En particular nos interesa el numeral 2, que dispone:

cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado.

La inclusión de este texto fue la primera concreción de la noción de Infracapitalización en nuestro derecho positivo, y tuvo grandes implicancias en nuestro sistema jurídico.

Como señala Olivera García:

la norma del artículo 193 numeral 2 está planteando, sin lugar a duda, la ilicitud de la conducta. La conclusión extraída antes de la vigencia de la LC resulta ahora abandonada por la consagración en nuestro derecho de la obligación de capitalizar adecuadamente a las sociedades comerciales (como se citó en Chalar y Mantero, 2015)

Autores como Ferreira (2009) lo han justificado explicando que:

la importancia cada vez más decisiva de las sociedades comerciales en el adecuado funcionamiento de nuestro sistema económico, que ha hecho que las normas comerciales más modernas hayan conferido mayores poderes de control al Estado por un lado y una mayor exigencia a las sociedades por otro (p. 242).

3.3.2 El artículo 192

En nuestro sistema concursal, los concursos deben atravesar un incidente de culpabilidad, que tiene por objeto categorizar al concurso como culpable o fortuito. Dicho mandato es recogido en el artículo 192 de la ley N° 18.387 del proceso concursal, que dispone:

el concurso de acreedores se calificará como culpable o como fortuito. El concurso se calificará como culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores, de derecho o de hecho. En los demás casos se calificará como fortuito.

Por lo tanto, y como señala Chalar, la declaración del concurso como culpable, tiene diferentes efectos, orientados a remediar en alguna medida la incidencia negativa de esta

“insolvencia reproachable” y limitar en lo posible la afección futura del tráfico comercial (Chalar, 2018, p. 402)

Y continúa:

cuando el concursado es una persona jurídica, la clasificación del concurso como culpable importa también una valoración negativa sobre el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo por parte de los administradores o liquidadores y miembros del órgano de control interno. La LC establece un régimen particular de responsabilidad concursal para estas personas. El deudor, o sus soportes físicos en caso de que este sea persona jurídica, son sancionados con una inhabilitación para administrar bienes propios y ajenos cuya potencial gran extensión la vuelve severísima. Los soportes físicos del deudor deberán además cubrir, con carácter genérico, el déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva (p. 402).

En suma, el sistema concursal uruguayo, tiene una vocación de responsabilidad esencialmente subjetiva, y que importa consecuencias absolutamente abrumadoras para el soporte físico de la persona jurídica concursada. Si la Infracapitalización resulta una que tiene incidencia en esta declaración, la misma debe recibir una adecuada atención, *máxime* si ésta afecta el régimen de responsabilidad limitada.

En la práctica significa que, ante el concurso de una sociedad, se llevará a cabo un análisis de su situación patrimonial para determinar si se conformó un supuesto de Infracapitalización, y si dicho supuesto se corroboró, corresponde a la calificación del concurso como culpable.

En tal sentido, Blanco sintetiza que “se requerirá una verdadera auditoria forense reconstruir hasta dos años atrás la actuación empresarial, para determinar con precisión si el concursado disponía o no de fondos suficientes y adecuados para su actividad” (Blanco, 2009, p. 385).

También es importante mencionar que la Infracapitalización debe ser notoria y continuada. Lo que debemos señalar es que la LC no implica una determinación de en qué momento de la historia crediticia de la sociedad debemos analizar la Infracapitalización para ver si es sancionable o no. En este marco, las posibles opciones son considerar que sea una Infracapitalización Genética o una Infracapitalización Superviniente, y cuándo se produce la misma.

3.4 Cuando surge la Infracapitalización

3.4.1 Infracapitalización material

Como desarrollamos brevemente *ut supra*, una sociedad está material o “sustancialmente descapitalizada si su capital, incluidos los préstamos realizados por los accionistas, no satisface las necesidades de capital de la actividad de la sociedad” (Schiessl, 1986, p. 489). Esta situación es marcadamente diferente al supuesto de Infracapitalización nominal, puesto que puede generarse con presidencia de dolo o culpa de los accionistas y directores de la sociedad.

Este fenómeno responde en gran medida a las condiciones macroeconómicas del lugar donde la sociedad es constituida, en tal sentido podemos afirmar que es mucho más probable que existan sociedades infracapitalizadas en países con poca inversión. Puesto que justamente, las entidades empresariales tendrán menos potencial de financiamiento.

Schiessl analiza la situación en Alemania, donde destaca que las empresas alemanas enfrentan un gran problema de capitalización en comparación con las empresas norteamericanas. Allí, se ven obligadas a financiar su actividad con crédito, por la falta de capital de inversión, haciendo la Infracapitalización sustancial un problema económico, más que jurídico.

Por ese motivo, “la mayoría de los tribunales alemanes declinaron el uso del *disregard* en estos supuestos, sin perjuicio de que si lo aplican cuando existe fraude” (Schiessl, 1986, pp. 489-490)

Sin perjuicio de que el sistema alemán va a ser más desarrollado *infra*, podemos decir que a través de una interpretación pragmática y subjetiva, las cortes alemanas han sabido armonizar la responsabilidad limitada con el fenómeno de la Infracapitalización.

En tal sentido, comparto absolutamente su postura, entendiendo que no se corrobora un ilícito, amenos de que haya habido un uso abusivo o indebido del instrumento societario.

3.4.1.1 Infracapitalización genética

En primer lugar, existe la llamada Infracapitalización “Genética”, puesto que es producto de la decisión de los socios o accionistas fundadores de constituir la sociedad con recursos propios manifiestamente insuficientes para el proyecto que se quiere realizar. (Olivera García, 2020)

Resulta aparentemente complejo tratar anticipadamente este tipo de Infracapitalización. Muchos regímenes jurídicos intentan evitar esta situación, a través de la imposición de rigurosos estudios de los proyectos sociales en su proceso de constitución. Imponiendo cuotas mínimas para la constitución de cada tipo social, y controlando que actividad va a llevar a cabo la empresa y de qué manera. El caso más próximo que tenemos, es el de Argentina, pero este tipo de disposiciones también tienen vigencia en ordenamientos como el alemán, danés, italiano y mexicano. (Olivera García, 2020)

Sin embargo, hay que reconocer que resulta sumamente difícil para un organismo de contralor como es la Auditoría Interna de la Nación (AIN) en el Uruguay, determinar qué capital es adecuado para cada objeto. Es importante mencionar que la tarea de determinar la Infracapitalización Genética resultaría particularmente complejo en nuestro país visto que se ha adoptado como una práctica estándar e histórica la inclusión de objetos “Ómnibus” en los contratos sociales, que no permiten anticipar las tareas que se realizarán. Esto hace prácticamente imposible determinar cuánto capital se requiere para que opere, la sociedad, si sólo se tiene como punto de referencia el estatuto. Solo aquellos que pretenden iniciar el proyecto, tienen verdaderamente todas las variables para determinarlo. Variables, que en muchos casos son intangibles, dado que tienen que ver con su estilo de dirección o proyectos futuros que pretenden emprender.

Por ello compartimos la posición de Olivera García (2020) en el tema, que concluye: “consideramos que debe rechazarse cualquier pretensión de realizar un control de legalidad previo, en el momento de constitución de la sociedad, fundado en la relación entre el capital y el objeto social” (p. 274).

3.4.1.2 Infracapitalización superviniente

A su vez, la Infracapitalización también puede desarrollarse en forma superviniente a la constitución de la sociedad. Dicha hipótesis implica que, en forma posterior a su constitución, “existan decisiones sociales que se traducen en que los recursos propios se tornen notoriamente insuficientes para el proyecto que se pretende encarar o que se encuentran en marcha”. (Olivera García, 2020, p. 293)

3.4.1.2.1 Infracapitalización por expansión de operaciones

Esta hipótesis se produce de la decisión de la sociedad de llevar a cabo nuevas operaciones sin un aumento de capital correlativo. Olivera García señala, que dicha decisión puede provenir de los propios accionistas, en cuyo caso daría lugar a una conducta antijurídica, o por otro lado, podría venir enteramente de la administración, en cuyo caso, estaríamos en un caso de negligencia.

A nuestro juicio, esta forma de Infracapitalización es particularmente difícil de identificar, dado que en la práctica la gran mayoría de operaciones comerciales expanden sus actividades a partir del crédito, y no del aporte de capitales a la empresa.

Plantear que se cae en una conducta antijurídica por extender las operaciones comerciales sin una capitalización correlativa, corre el peligro de imponer en el empresariado, un estándar demasiado alto y un control estatal inusitado, que no deje lugar al riesgo tradicionalmente asociado con su actividad mercantil.

Entiendo que un escrutinio demasiado severo del capital y su relación con el objeto social no termina de entender el imprescindible rol del crédito en la actividad mercantil, y el *modus operandi* que caracteriza al emprendimiento contemporáneo.

3.4.1.2.2 Infracapitalización por repartición de dividendos y reducción de capital

Esta hipótesis también se puede dar en aquellos casos en que la sociedad tiene suficiente capital para desarrollar su actividad, pero a partir de decisiones societarias se la priva de dichos recursos.

Esto sucede cuando la sociedad reporta ingresos suficientes para financiar sus operaciones, pero a través de la repartición de dividendos, se extrae estos recursos necesarios de la órbita social, para entrar en la órbita patrimonial de los accionistas. Olivera García Señala, esta práctica podría adoptar la forma, de abuso del derecho a voto por parte de los accionistas. (2020)

En segundo lugar, la sociedad puede adolecer de Infracapitalización, cuando existan remociones de capital por parte de los accionistas, a pesar de la incapacidad de la sociedad para soportarlos. Dichas remociones pueden generar la incapacidad completa, de la operativa empresarial, en cuyo caso la Infracapitalización sería únicamente subsanable

a través de aportes futuros. O podría generar la reducción en la capacidad operativa de la sociedad, en cuyo caso, la reducción debería ser acompañada con una actividad más reducida, pues de lo contrario estaría operando bajo un supuesto de Infracapitalización.

3.4.1.2.3 Infracapitalización por acumulación de pérdidas

La Infracapitalización por acumulación de pérdidas, refiere a aquellos supuestos donde el desequilibrio entre capital y objeto social no es producto de una decisión activa de los socios o administrador, sino de las pérdidas involuntarias producidas por la operación comercial de la sociedad.

Ha habido gran discusión alrededor de este supuesto, y si el mismo, entraría en la hipótesis descrita por la LC en su artículo 193 numeral 2.

Autores como German y Aumente han sostenido que ante la infrapatrimonialización causada por pérdidas acumuladas corresponde la disolución de la sociedad o la recapitalización por parte de los accionistas. (2016)

Explicando que: “si el deudor puede, en tanto no se declare su concurso, decidir continuar con su actividad pese a ver desaparecido buena parte de su patrimonio como consecuencia de las pérdidas sufridas, lo hace bajo su responsabilidad u apercebido de las consecuencias que en sede de clasificación podrá tener tal decisión, caso de que incurra en estado de insolvencia” (German y Aumente, 2016, p. 210).

En contraposición, tenemos la posición adoptada por autores como, Chalar y Mantero, que justamente distinguen la Infracapitalización que se genera a partir de una decisión “inicial o superviniente de la sociedad de llevar adelante su actividad social con menores recursos propios que los que hubiere técnicamente correspondido [...] de la situación en la cual puede llegarse a encontrar la sociedad, por circunstancias de haber acumulado pérdidas derivadas de su propia actividad” (Como se citó en German y Aumente, 2016).

Personalmente, tiendo a compartir enteramente la conclusión del profesor Olivera García (2020), que desarrolla:

en estas circunstancias, la reducción patrimonial estará causada por los avatares derivados del propio riesgo involucrado en el desarrollo de los negocios sociales sin que la misma pueda ser imputada a la decisión de privar a la sociedad de los recursos propios ni de trasladar indebidamente el riesgo empresarial hacia los acreedores. (p. 294)

Entiendo que afirmar que ante la Infracapitalización por acumulación de pérdidas, el deudor debe recapitalizar la sociedad o disolverá no es correcto. En primer lugar, conllevaría asumir que todo concurso por pérdidas es culpable, puesto que el deudor hubiera tenido un mandato legal para evitar dicha situación. En segundo lugar, ira en contra del propio espíritu de la LC, que justamente intenta promover la “conservación de la empresa” y la “reorganización empresarial”, con el fin de preservar las unidades productivas en la economía. Finalmente, intentar imponer en los accionistas una obligación de capitalizar, ante supuestos de pérdidas empresariales, sería inconsistente con el propio fin de una sociedad comercial, que es justamente separar los riesgos empresariales de sus accionistas.

Por Estos motivos, comparto la conclusión de Macey y Mitts (2014) que concluyen sobre este mismo asunto

la afirmación de que una sociedad debe mantener suficiente capital de los accionistas para satisfacer las reclamaciones de los acreedores es incompatible con las nociones de partición de activos y de limitación de la responsabilidad de los accionistas al importe de su capital original (p. 17).

En suma, entiendo que solo puede existir responsabilidad por Infracapitalización, en aquellos supuestos donde efectivamente se compruebe una conducta culposa que genere la Infracapitalización societaria. Ya que la mera comprobación de ciertas circunstancias de hecho en los estados contables o patrimoniales no basta para imputar responsabilidad por Infracapitalización. Como se verá más en profundidad *infra*, es lo que a mi juicio permite armonizar la Responsabilidad por Infracapitalización, con el Estándar del Buen Hombre de Negocios, que justamente, propugna una responsabilidad para los administradores, exclusivamente a título subjetivo.

3.4.2 Infracapitalización nominal

Como se desarrolló *ut supra*, este tipo de Infracapitalización no tiene que ver en sí con una carencia patrimonial para desarrollar la actividad, sino con la forma en que los rubros patrimoniales son expresados.

Resulta importante mencionar que, en la práctica, este es el tipo de Infracapitalización que más se da, esto se debe, a que justamente los socios quieren desarrollar su actividad exitosamente, pero mitigando los riesgos al mínimo posible. Para ello, dotan efectivamente a la sociedad con los requisitos patrimoniales que el objeto necesite, pero no a título de capital, sino a título crediticio. (Olivera Garcia , 2020)

Esta prohibición no implica la ilicitud de todos los préstamos a la sociedad por parte de los accionistas. Por el contrario, ésta es una práctica muy usual, y que en muchas ocasiones, permite a la sociedad conseguir financiamiento sin tener que lidiar con todas las tensiones asociadas con la capitalización y el posible cambio de derechos políticos y económicos.

La doctrina y jurisprudencia han acudido a criterios subjetivos y objetivos para determinar cuando se da este supuesto. De esta forma estudian por un lado las características de los préstamos otorgados y por otro las necesidades objetivas de la sociedad (Olivera Garcia, 2020).

Como se puede anticipar, la falta de legislación en el asunto genera un gran problema, puesto que, una práctica extremadamente usual en el mundo empresarial puede llegar a conllevar devastadoras consecuencias si se determina que constituye el supuesto.

En otras jurisdicciones esta discusión también ha generado grandes problemas. En tal sentido, tanto los tribunales norteamericanos como los alemanes han llegado a una conclusión similar. Esto es, en la medida que sea posible y adecuado, tratar a estos créditos otorgados en forma abusiva, como aportes de Capital. En particular, cuando dicho tratamiento evite la necesidad de tener llevar a cabo un *disregard* que culmine con la responsabilización a título personal de accionistas y directores.

En Estados Unidos esta noción se recoge en el caso *Arnold* donde el tribunal llegó a la conclusión “de que ciertos fondos invertidos por los accionistas de una sociedad en forma de préstamos deben tratarse como aportaciones de capital” (Gelb, 1982, p. 17). Gelb señala que esta afirmación “puede llevar a un tribunal a considerar los préstamos incobrables de los accionistas como capital” (Gelb, 1982, p. 17).

En Alemania esta interpretación ha sido mucho más sistemática, adoptando el nombre de “doctrina de la Infracapitalización nominal”. Schiessl explica que en un inicio, esta tesis solo abarcaba a sociedades cerradas, puesto que se entendía que en las sociedades abiertas, los acreedores poseían una protección más sólida. Sin embargo la *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia Alemana) extendió su alcance al aplicarle la doctrina a una sociedad abierta *Beton-und Monierbau*. (Gelb, 1982, p. 17)

3.5 La responsabilidad en un supuesto de infracapitalización

La responsabilidad por Infracapitalización no es meramente aquella que proviene de la declaración de un concurso. Sino que la misma, constituye, en los ojos de la doctrina mayoritaria

un supuesto de antijuricidad del desarrollo de una actividad sin contar con los recursos suficientes para ello, desplazando indebidamente el riesgo empresarial de los socios o accionistas hacia los acreedores, en circunstancias de que estos se vean impedidos de internalizar dichos riesgos (Olivera Gracia, 2020, p. 292)

288

A partir de esto, podemos afirmar, que desde la doctrina, se ve a la Infracapitalización, no como un instituto reservado al derecho concursal, sino como una práctica empresarial ilícita.

Para construir la teoría de la responsabilidad por Infracapitalización la doctrina ha desarrollado varias hipótesis, entre ellas podemos identificar:

- Reinhardt: Responsabilidad Extracontractual por defecto de organización (como se citó en Olivera García, 2020)
- Serick: Desestimación de la personalidad jurídica por fraude (Serick, 2020, p. 73-74)
- Winter: Violación del deber implícito de quienes actúan en el tráfico económico de comportarse correctamente (Como se citó en Paz Ares, 1983)
- Wiedemann: La Teoría de la Finalidad Normativa, donde el fundamento de la responsabilidad en el sentido y objeto de la institución del capital de garantía (la preservación de este bien debe impedir la traslación de riesgos a los acreedores) (como se citó en Olivera García, 2020)

Finalmente es importante traer a colación a los sujetos en un supuesto de responsabilidad por Infracapitalización. En el sujeto activo vemos al perjudicado por el daño, en principio sería el acreedor social. Y en el sujeto pasivo, vemos al responsable de la Infracapitalización, en principio serían los accionistas o los administradores de la sociedad.

En suma, el derecho uruguayo interpreta a la Infracapitalización como una conducta empresarial ilícita, en donde existe responsabilidad para el autor de dicha situación.

En esta línea, comparto la visión de la doctrina de que puede existir responsabilidad por Infracapitalización más allá de un supuesto de concurso. Sin embargo, no quiero dejar de traer a colación la dificultad que muchas veces presenta diferenciar un supuesto de Infracapitalización con uno de malos resultados económicos. En especial, porque es prácticamente imposible determinar cuando existe Infracapitalización, si esta no se presenta de forma manifiesta. Como mencionamos *Supra*, el proyecto empresarial pertenece en gran medida al ámbito interno del empresario, y expandiendo excesivamente la responsabilidad por Infracapitalización, puede crear el riesgo, de generar gran inseguridad jurídica para todos los actores, que operan en un mundo, donde la escasez de recursos tiende a ser la norma y no la excepción.

Por ello, comparto enteramente la existencia de la responsabilidad por Infracapitalización, pero entiendo que en el ámbito sustancial se debe reservarla a aquellos sujetos que utilizaron de forma abusiva e incorrecta el instrumento societario y no a aquellos que simplemente experimentaron malos resultados económicos en el desarrollo de su actividad. En el ámbito probatorio, la misma debe existir en forma manifiesta, pues de lo contrario, se corre el riesgo de desvirtuar enormemente el principio de responsabilidad limitada de los socios, y se iría en contra del estándar establecido por el propio art 193 de la LC.

4. La justificación del Instituto de la infracapitalización

El principal efecto de la Infracapitalización societaria es la externalización o el desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores, fundamentalmente sobre los acreedores involuntarios y los pequeños acreedores. En este último caso debido a los ingentes costos de información y de inspección que deben incurrir para prevenir los efectos externos (Olivera García, 2020).

Con base en ello, podemos inferir una justificación primaria, que sería justamente la protección de estos agentes. Y también una justificación secundaria, que sería, la promoción de un ecosistema económico, donde se pueda operar con confianza, sabiendo que en principio, las sociedades cuentan con medios suficientes para desarrollar sus actividades.

4.1 Autonomía de la libertad o intervención del legislador

Ahora bien, más allá de la justificación desarrollada *Supra*, la cuestión de la responsabilidad por Infracapitalización tiene una discusión filosófica que la subyace. Dicho dilema es resumido por el profesor Olivera García (2020), que plantea la disyuntiva entre

si debe acudir al régimen de la responsabilidad para equilibrar el desplazamiento del riesgo empresarial que la insuficiencia de recursos propios produce hacia los acreedores; o si los costos derivados de ese desplazamiento de riesgo pueden ser internalizados por los acreedores en sus relaciones con el deudor (p. 268)

Ciertamente, resulta una discusión compleja, que de muchas formas escapa el ámbito jurídico. Sin embargo, me parece importante destacarla, dado que no se puede interpretar adecuadamente el derecho, sin remitirnos a las ideas atrás de sus disposiciones.

Por un lado, tendríamos una postura más liberal, que podría ser identificada con la autonomía de las partes. En tal sentido uno podría sostener, que el acreedor eligió libremente trabajar con la empresa, a pesar de su falta de conocimiento de esta. Entonces porque debería haber responsabilidad, cuando la situación en la que se encuentra el acreedor es producto de su propia determinación, y de su propia decisión de trabajar con sociedades "Oscuras".

Por otro lado, tendríamos la postura adoptada por nuestra legislación y por la mayoría de la doctrina uruguaya. Según esta estamos ante un enorme riesgo de abuso, puesto que son muy pocos los operadores económicos que efectivamente cuentan con la capacidad de informarse, o el poder de negociación para exigir información. A partir de ello, resultaría sensato que el legislador busque establecer penalidades por dicha práctica. Como concluye el Olivera García (2020) respondiendo al dilema:

resulta adecuado que en los casos en los cuales la internalización del riesgo no sea posible, se establezcan mecanismos por los cuales, a través del instituto de la responsabilidad, se restablezca el desequilibrio que produce la traslación excesiva del riesgo empresarial hacia los acreedores producto de la Infracapitalización (pp. 271-272)

Ciertamente, comparto el mérito del argumento, en el sentido de que resulta cierto que muchas veces el ecosistema empresarial uruguayo presenta altos grados de oscuridad y desconocimiento. En dicho ámbito, es muy probable que los accionistas o directores de una sociedad caigan en la tentación de trasladar abusivamente los riesgos a sus acreedores que ignoran la contabilidad de la sociedad. Por ello comparto que es sensato que la Infracapitalización sea entendida como una conducta antijurídica en el sistema.

En adición, resulta particularmente importante mencionar, que puesto que toda la noción de la responsabilidad por Infracapitalización, parte de la primicia del desconocimiento del riesgo; resultaría contrario a la *Ratio Legis* imputar responsabilidad, en un supuesto donde el acreedor conocía el estado patrimonial de la sociedad contra la que cedió el crédito. Dicha conclusión es aplicada en sistemas de derecho comparado como el Norte Americano y compartida por autores como Easterbrook y Fischel, que justamente destacan que, si los acreedores son debidamente informados de los riesgos, entonces no tendrán acción posible contra el deudor.

5. La infracapitalización en el derecho comparado

5.1 Estados Unidos

El grupo Wex de la Cronell Law School define Infracapitalización como la situación en que una empresa que no tiene suficiente capital para llevar a cabo las operaciones comerciales ordinarias.

Para tratar esta situación el sistema Norte Americano ha adoptado la figura del *disregard*, también conocida como *Piercing the corporate veil* o levantamiento del velo corporativo en español. En tal sentido Macey y Mitts (2014) señalan que

el levantamiento del velo puede hacerse cuando la sociedad es un mero “alter ego” de sus accionistas, cuando la sociedad está infracapitalizada, cuando no se observan las formalidades corporativas, o cuando la forma corporativa se utiliza para promover el fraude, la injusticia o ilegalidades (p. 3).

Por lo tanto, observamos que el sistema americano tiende a ser muy severo con los supuestos de Infracapitalización, puesto que, a diferencia de nuestro sistema, la responsabilidad no se extiende meramente a los administradores, sino a todos los accionistas.

Sin embargo, es importante precisar que, diversas investigaciones han corroborado que, si bien los jueces tienen esta prerrogativa, conferido por el *leading case Walkovszky v. Carlton* entre otros, resulta muy raro que la utilicen en supuestos de Infracapitalización.

Nuevamente como indican Macey y Mitts (2014) en su extensivo estudio de jurisprudencia

no encontramos casos de perforación en los que un tribunal perfore el velo corporativo únicamente porque una sociedad está Infracapitalizada. Esta conclusión es coherente con el hecho de que los legisladores permiten que las empresas poco capitalizadas se dediquen a los negocios y, por lo general, no exigen que las empresas estén bien capitalizadas para constituirse. (p. 7)

En suma, vemos que si bien, el sistema norteamericano puede parecer mas severo que el nuestro en la superficie, en realidad no lo es, puesto que tiene un entendimiento esencialmente subjetivo, que tiende a exigir más que la mera corroboración de un cierto estado patrimonial para sancionar la conducta.

5.2 Alemania

El sistema alemán también ha adoptado la perforación del velo corporativo, como medida punitiva ante la Infracapitalización societaria. En este sentido Singhof (1999) señala que, en general, “los accionistas corren el riesgo de responsabilidad personal por las deudas de una sociedad si utilizan la sociedad con fines fraudulentos o si..., hacen caso omiso de la separación de fondos”. Y prosigue señalando que “en el derecho alemán, hay tres tipos de hipótesis que dominan este contexto, a saber, la mezcla de fondos, la Infracapitalización manifiesta y las combinaciones de matriz y filial”. (p. 160)

Sin embargo, tal y como sucede en el caso americano, el autor precisa que el levantamiento del velo corporativo ocurre cuando “los accionistas descapitalizan a sabiendas la sociedad en el momento de su constitución [o en un momento posterior], de modo que no pueda pagar sus deudas previsibles”. Hasta ahora, “en ninguna decisión parece haber responsabilidad para los accionistas basada únicamente en la constatación de una Infracapitalización manifiesta” (Singhof, 1999, p. 162).

En conclusión, tal y como sucedía en la jurisdicción norteamericana vemos que el sistema alemán hace una evaluación esencialmente subjetiva, basado en cada caso, y exigiendo más que la mera Infracapitalización para imputar responsabilidad. Dicha tesis es además acompañada, por el hecho de que aun cuando la sociedad es penalizada y el velo corporativo es perforado, dicha perforación no se hace contra todos los accionistas, sino contra aquellos que tenían una posición de influencia sobre el manejo de la sociedad.

6. El fenómeno de la infracapitalización y cómo ha sido recogido por la jurisprudencia

Entrando en el ámbito jurisprudencial, podemos encontrar que nuestros tribunales, han optado por desarrollar una interpretación rígida del artículo 193 numeral 2 de la LC, lo que ha llevado a que en Uruguay exista la responsabilidad objetiva para los administradores de sociedades infracapitalizadas.

A mi juicio, dicha interpretación es incompatible con el paradigma de Responsabilidad Limitada y el Estándar del Buen Hombre de Negocios, que justamente, responsabiliza a los administradores solo a título subjetivo y nunca por resultados de la actividad empresarial.

Como señalan acertadamente Bragard y Montserrat “el fenómeno de la Infracapitalización ha cambiado el paradigma desde el punto de vista de la limitación de responsabilidad prevista en la ley de sociedades comerciales Ley No. 16060” (2020, p.31)

Como se señaló *ut supra*, desde la aprobación de la LC, los concursos son clasificados como culpables o fortuitos, esto “supone el análisis de la conducta del deudor para determinar si ella causo o agravo su impotencia patrimonial por negligencia o dolo, y en caso afirmativo su sanción” (Holz y Rippe, 2018, p. 183)

Este nuevo régimen, tal y como desarrollan Holz y Rippe, y como ha sido sostenido por la SCJ, es mucho más severo que la legislación que precede a la actual ley (2018, pp. 183-184) (Sentencia S.C.J. No. 94/015, 2015).

Dicha conclusión, no es en sí misma algo negativo, por lo contrario, si la ley busca sancionar con más severidad aquellos individuos que de forma culpable contribuyeron a la insolvencia social, eso es absolutamente apropiado y armónico con nuestro ordenamiento jurídico.

El problema nace del artículo inmediatamente posterior (artículo 193), que desarrolla presunciones objetivas de responsabilidad. Las mismas trasladan la carga probatoria al deudor, quien tiene que demostrar, con avasalladora evidencia, que no está incluido en dichos supuestos. Como ha desarrollado Martínez Blanco, y como ha acogido universalmente nuestra jurisprudencia:

deberá pues acreditar que las conductas o actos calificados no ingresan en las categorías descriptas en los numerales de este art 193. No existió alzamiento, llevo contabilidad adecuada, no falseo ningún documento, no salieron indebidamente bienes de su patrimonio, dispuesto en los dos años anteriores de fondos adecuados para su actividad,

forman parte de la única defensa posible para dismantelar las presunciones. Es que, si el realmente ocurrieron las conductas y catos aquí descriptos, son imputables al concursado, quien no podrá desprenderse de la imputación culpable (Blanco, 2009, p. 385) (Sentencia T.A, Civil No. 18/018-7i, 2018).

Esta situación genera dos grandes problemas. El primero se relaciona a la enorme carga probatoria que enfrentara el empresario en concurso para probar que no fue culpable del mismo. El segundo es que, aun si el concursado cuenta con herramientas probatorias idóneas, igualmente se puede encontrar comprendido por el artículo 193, aun cuando haya actuado con prescindencia de dolo o culpa grave, dado que los supuestos descriptos, pueden darse, aun con presidencia de dichos elementos.

Dicha hipótesis, es especialmente cierto en el caso de Infracapitalización, donde la jurisprudencia ha tendido a responsabilizar a administradores por el mero hecho de dirigir una sociedad infracapitalizada, a pesar de no tener ningún tipo de culpa y actuar con la mayor diligencia exigible para evitar la insolvencia.

Cabe remarcar que el artículo 193 numeral 2 de la ley concursal no toma en cuenta causas, ni que responsabilidad debió haber cabido a los accionistas en situaciones objetivas que refiere, ni le interesa los motivos de la Infracapitalización o de falta de recursos. Solamente toma en cuenta la constatación de la existencia de una manifiesta insuficiencia de fondos o bienes para mantener el giro de la actividad. Por lo tanto, toda la argumentación que desarrolla el incidentista a fs. 514-523 y en la apelación, es irrelevante a efectos por mandato legal. La ley sanciona objetivamente el fracaso o la mala práctica comercial sin atención a las causas (Sentencia T.A. Civil No. 43/19-7i, 2019)

En suma, los tribunales enfrentan la difícil tarea de reconciliar un mandato legal que claramente puede responsabilizar a administradores que no tienen dolo o culpa grave en la generación de la insolvencia, con los principios del derecho comercial que protegen a estos administradores.

Si bien estoy en desacuerdo con las presunciones que estableció el legislador, entiendo que *Dura Lex Sed Lex*. A nuestro juicio, la forma adecuada de reconciliar el precepto legal con los principios es una interpretación más restringida del concepto de Infracapitalización. Dicha interpretación debe incorporar en su definición, la noción de dolo y culpa grave, con el fin de seguir aplicando la disposición, pero de tal manera que permita excluir de responsabilidad a aquellos sujetos que nada tienen que ver con la insolvencia.

7. El nuevo paradigma que impulsa el legislador

Nuestro derecho está experimentando, a partir de la Ley Para el Fomento del Emprendedurismo (N° 19820) y los nuevos proyectos a estudio del Parlamento a la fecha del presente artículo (noviembre 2022), un nuevo paradigma societario. Este, justamente se centra en la flexibilización y creación de herramientas y normativas que sirvan y ayuden al emprendedor.

Dicho paradigma se manifiesta perfectamente en la figura del Buen Hombre de Negocios, que como veremos, ha recibido una importante adición taxativa en el nuevo proyecto.

Tradicionalmente, la figura del buen hombre de negocios ha sido recogida del texto del artículo 83 y 391 de la LSC (16060). La misma se entendía a nivel doctrinario como un estándar subjetivo, que debía ser utilizado para interpretar la licitud de los actos adoptados por los directores y administradores. Autores como Lapique, han traído a colación la jurisprudencia norteamericana, que en base al Business Judgment Rule, entiende que:

para ser diligente el director deberá realizar actos de su competencia, actuar dentro del objeto de la sociedad, en procura del interés social. Cumpliendo con lo mencionado, solo será responsable si la resolución adoptada es irracional o no tiene una explicación comercial lógica. (como se citó en Lapique, 2019)

Sin embargo, como vimos anteriormente, los administradores y directores pueden llegar a ser responsabilizados, aun cuando cumplan con el “Business Judgment Rule”. Sin embargo, nos parece importante traer a colación el nuevo Proyecto de Ley para Sociedades Comerciales. Puesto que entendemos que si fuera incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, tendríamos un argumento aún más fuerte para llevar a cabo una interpretación del artículo 193 numeral 2 que excluya los supuestos donde no hubo dolo o culpa grave en la generación de la insolvencia.

El texto del proyecto establece en su artículo 83 (Responsabilidad de Administradores y Representantes):

su responsabilidad no es objetiva ni son garantes de las obligaciones sociales... y en ningún caso los administradores o el representante legal serán responsables por perjuicios a la sociedad que no responden a su actuación personal en el hecho o acto dañoso o que no hubieran causado (Olivera García, Ferrer y Miller, 2022, pp. 106-108)

Nosotros entendemos que este proyecto incorporaría legislación que refuerza la idea de responsabilidad subjetiva en materia de directores y administradores. Por ello, resultaría sumamente inadecuada, la interpretación tradicional que se le ha dado al artículo 193, numeral 2 de la LC que justamente responsabiliza a los directores a título objetivo.

8. Reflexiones Finales

En Uruguay la gran mayoría de sociedades anónimas son de carácter cerrado, de “regla hay una identidad entre quienes son los propietarios de las acciones de la sociedad y quienes administran dicha sociedad” (Rodríguez Carrau, 2022, p. 26). La aplicación por parte de la jurisprudencia del artículo 193 de la LC, ha llevado a que el ordenamiento uruguayo tenga supuestos de responsabilidad objetiva por Infracapitalización para estos sujetos.

Como mencionamos al principio del artículo, entendemos que el Derecho Comercial tiene un rol fundamental en el desarrollo de este nuevo paradigma económico que

estamos viviendo. Y por ello, creemos que es hora de abandonar estas interpretaciones tan rígidas que hemos adoptado a la hora de juzgar administradores y empresarios fallidos.

Entiendo que intentar imputarle responsabilidad a un accionista o a un administrador por el mero hecho de operar una sociedad infracapitalizada es inconsistente con los principios fundamentales del derecho societario. A nuestro juicio si se quiere remediar la situación, es necesario en primer lugar adoptar una interpretación armónica, que justamente excluya a aquellos que no tengan culpa de las consecuencias del concurso culposo. Creo que dicha interpretación, se ve ratificada por los nuevos proyectos y voluntad legislativa, que justamente reafirman la responsabilidad a título subjetivo de los administradores. En segundo lugar, se necesita una modificación legislativa, que excluya la descripción de supuestos objetivos, y ofrezca a los tribunales más libertad para determinar como proceder en cada caso concreto. Como ya he mencionado, la Infracapitalización puede ser producto de un actuar abusivo, y es justamente en esas hipótesis donde los tribunales deben actuar.

Referencias bibliográficas

- Bellocq, P. (febrero de 2022). "La SAS se Consolida Como el Tipo de Empresa Preferido". Hacer Empresa. <https://www.hacerempresa.uy/la-sas-se-consolida-como-el-tipo-societario-preferido/>
- Galgano, F. (1981). *Historia del Derecho Mercantil*. Barcelona: Editorial Laia.
- Miller, A. (2019). De la Compañía Colonial a la Sociedad Anónima Actual. *Anuario de Derecho Civil/ Año 4, n 14-15*, pp.3-41.
- Paz-Ares, J. (1983). Sobre la Infracapitalización de las Sociedades. *Anuario de Derecho Civil Vol. 36, N 4*, pp. 1587-1640.
- Bosco, R. (2004). *Responsabilidad por Infracapitalización Societaria*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Olivera García, R. (2020). *Ensayos sobre Sociedades Comerciales*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Olivera García, R. (2018). La Insolvencia Empresarial y la Eficacia de la Herramienta Concursal. *Estudios de Derecho Concursal: Diez años de la ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, pp. 31-72.
- Ley de Proceso Concursal. Art 193. 23 de noviembre de 2008
- Chalar, S. L. (2018). La Infracapitalización Como Presunción Absoluta de Culpabilidad del Concurso de la Ley N 18387. *Panorama de Derecho Concursal, Estudios sobre la Ley N 18387*, PP. 397-406.
- Blanco, M. (2009). *Manual del Nuevo Derecho Concursal*. Montevideo: AMF.
- Schiessl, M. (1986). The Liability of Corporations and Shareholders for the Capitalization and Obligations of Subsidiaries under German Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 7 (Issue 3 Spring), pp. 480-506

- German, D. y Aumente, J. (2016) La Infracapitalización en Sede de Calificación de Concurso. En D. German, *Actualidad del Derecho Concursal* (págs. 205-216). Montevideo: Ediciones Idea.
- Gelb, H. (1982) Pricing the Corporate Veil- The Undercapitalization Factor. *Chicago-Kent Law Review*, Volume 59 (Issue 1), pp 1-22
- Serick, R. (2020). *Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles*. Madrid: Olejnik Ediciones.
- Legal Information Institute. Undercapitalization. Cornell Law School, Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/wex/undercapitalization>. (Fecha de Consulta 11/6/2022)
- Macey, J y Mitts, J. (2014). Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil. Cornell Law Review, Forthcoming, Yale Law & Economics Research Paper No. 488.file:///C:/Users/leapl/Downloads/SSRN-id2398033.pdf
- Singhof, B. (1999). Equity Holders' Liability for Limited Liabilities Companies' Unrecoverable Debts—Reflections on Piercable Debts—Reflections on Piercing the Corporate pricing the Corporate Veil under German Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. Volume 22 (Number 2). pp 143-174
- Bragard, J. y Montserrat, J. (2020). Infracapitalización Societaria: Un Cambio de Paradigma. *Revista CADE/n53*. pp 31-36
- Holz, E. y Rippe, S. (2018). *Reorganización empresarial y concurso. Ley 18387*. Montevideo: FCU.
- Sentencia T.A, Civil No. 18/018-7i, 18/018-7i (T.A. Civil 4 de Abril de 2018).
- Sentencia S.C.J. No. 94/015, 94/015 (SCJ 20 de Abril de 2015).
- Sentencia T.A. Civil No. 43/19-7i, No. 43/19-7i (T.A. Civil 8 de Mayo de 2019).
- Lapique, L. (2019) *Manual de Sociedades Anónimas*. Montevideo: FCU.
- Easterbrook, F, H y Fischel, D, R. (1985). Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*, Volume 89, pp. 89-117.
- Olivera García, R., Ferrer, A. y Miller, A. (2022) *Anteproyecto de Reforma Ley de Sociedades Comerciales*. Montevideo: FCU.
- Rodríguez Carrau, G. (2021) *Compraventa de Acciones Volumen 1*. Montevideo: FCU.
- Chalar, S, L. y Mantero, E. M (2015). La Clasificación del concurso culpable. *Panorama de Derecho Concursal, Estudios sobre la Ley N 18387*, pp. 260-285.
- Ferreira, T. H. (2009). *La Infracapitalización como factor de procedencia del disregard*, en Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a los 20 años de su promulgación semana académica 2009. Montevideo: FCU.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

Mary Beth APKER

Estudiante de tercer año de abogacía en la University of Minnesota (Estados Unidos)

apker003@umn.edu

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6798-4479>

Recibido 03/11/2022 - Aceptado: 17/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Apker, Mary Beth (2022). The United States as a melting pot of cultures: universality of human rights.

Revista de Derecho, 21 (42), 297-309. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.12>

The United States as a melting pot of cultures: universality of human rights

297

Abstract: The universality of human rights means ensuring equal human rights to each individual regardless of any differences (race, sex, gender, religion, etc.). The United States has struggled with actively supporting the universality of human rights since its inception. The U.S. is a country built by immigrants and continues to be a destination for opportunity. However, balancing the different cultures from Asia to Europe to Africa has proved to be an increasingly difficult task for the U.S. The country has moved from one extreme (assimilation) to another (cultural relativity) while trying to be a true “melting pot” of cultures. This essay analyzes the costs and benefits of each of these solutions through a historical lens while also examining less extreme options for ensuring the universality of human rights such as promoting differences and ensuring equality.

Keywords: assimilation, cultural relativity, melting pot, human rights, universality, culture

Estados Unidos como crisol de culturas: la universalidad de los derechos humanos

Resumen: La universalidad de los derechos humanos implica garantizar la igualdad de derechos humanos a cada individuo, independientemente de las diferencias (raza, sexo, género, religión, etc.). Estados Unidos es un país construido por inmigrantes y sigue siendo un destino de oportunidades, y desde su creación, ha luchado por defender activamente la universalidad de los derechos humanos. Sin embargo, equilibrar las diferentes culturas provenientes de Asia, Europa y África ha resultado ser una tarea cada vez más difícil. El país ha pasado de un extremo (asimilacionismo) a otro (relativismo cultural) mientras intentaba ser un verdadero “crisol” de culturas. Este ensayo analiza los costos y beneficios de cada una de estas soluciones a través de una perspectiva histórica, a la vez que examina opciones menos extremas para garantizar la universalidad de los derechos humanos, como promover las diferencias y garantizar la igualdad.

Palabras clave: asimilación, relatividad cultural, crisol de culturas, derechos humanos, universalidad, cultura

298

Os Estados Unidos como um caldeirão cultural: a universalidade dos direitos humanos

Resumo: Universalidade dos direitos humanos significa garantir direitos humanos iguais a todos os indivíduos, independentemente das diferenças (raça, sexo, gênero, religião, etc.). Os Estados Unidos são um país construído por imigrantes e continua sendo um destino de oportunidades, e desde sua criação, tem lutado para defender ativamente a universalidade dos direitos humanos. Entretanto, o equilíbrio das diferentes culturas da Ásia, Europa e África provou ser uma tarefa cada vez mais difícil. O país passou de um extremo (assimilação) para outro (relativismo cultural) enquanto tentava ser um verdadeiro “caldeirão de culturas”. Este ensaio analisa os custos e benefícios de cada uma dessas soluções através de uma perspectiva histórica, enquanto examina opções menos extremas para garantir a universalidade dos direitos humanos, como a promoção das diferenças e a garantia da igualdade.

Palavras-chave: assimilação, relatividade cultural, caldeirão cultural, direitos humanos, universalidade, cultura

1. Introduction

The United States has been referred to as a “melting pot” of cultures for decades. This saying refers to all the different cultures forming one new culture, the American culture. However, there are hundreds of different cultures that each have their own traditions and norms that go into creating the American culture. When each of these cultures encounters a new culture it creates friction on which norms are “right” or which should be valued more. The universality of human rights helps to ease the friction by reminding everyone that each person deserves equal human rights simply through the virtue of being human. However, this often comes into conflict when two cultures intersect and have different values on a single topic. Through this essay, the universality of human rights in the United States will be dissected through two extremes: assimilation and cultural relativity. Then after examining the issues with the extremes, this essay will examine better ways to incorporate the universality of human rights in the United States and what has already been done, and what could still be done.

2. The Universality of Human Rights

The universality of human rights is the idea that humans have equal rights just by being human beings. This means that every single person has the same innate human rights from Croatia to China and to the United States regardless of status or characteristics. (*Universality*, 2022). However, when cultures interact there are stark differences in what each culture values, so how can there be universal values and rights? For example, the United States still allows the death penalty in 27 states and is legal federally as well. (States and Capital Punishment, n.d.). However, Denmark and Portugal have abolished the death penalty for all crimes. (Center, 2022). This is a simple illustration of how different countries and cultures value vastly different things, which creates the problems that come with the universality of human rights. These countries might judge the other for being too harsh or too lenient on crimes. America is a combination of hundreds if not thousands of different cultures that have immigrated to America over the centuries. Countries and cultures have fought to have dominant cultures throughout the years through colonization, wars, and international organizations. Even within a single country, there are different cultures and perspectives. The first way to try and organize these differences is through the extreme manner of assimilation or eradicating the differences of newcomers in a country.

2.1 Assimilation

Assimilation has a long history in the United States that reaches back centuries. The United States is a country of immigrants that started in large waves during the Industrial Revolution (1850-1915) with European immigrants. “Assimilation is the process by which the characteristics of members of immigrant groups and host societies come to resemble one another.” (Brown, 2021). This process has implications for immigrants’ economic, cultural and social aspects. Assimilation occurs over multiple generations with most

anthropologists finding that the third and fourth generations of immigrants are fully assimilated into the new culture.

In the U.S. when 30 million Europeans immigrated due to the open border policy, there were many concerns by native-born Americans that immigrants would not assimilate. One thought was that these immigrants would take lower-paying jobs and slowly work their way up to the same pay and job parity as native-born Americans. (Brown, 2021). However, these Europeans largely started at the same rate as Americans depending on their origin country. Immigrants from richer countries such as England and Germany could move up faster than natives while immigrants from poorer countries such as Italy and Russia moved at a much slower pace. The U.S. even implemented laws in favor of western Europeans compared to southern and eastern Europeans by allowing more western Europeans to immigrate when they started limiting the number of immigrants. (What History Tells Us About Assimilation of Immigrants, 2017).

While there are numbers to track following job growth, it is much harder to track changes in the way an immigrant dresses, eats and acts in social contexts over different generations, which are key insights into an immigrant's assimilation process. A simple way to measure a form of assimilation is by measuring language skills in the native language. However, learning the native language is not total assimilation, but just a way to get jobs and have a successful life in a new country, especially the United States. Researchers have found ways to measure assimilation through the names given to immigrant and native babies. The longer an immigrant is in the country before having a child the more likely it is to have a more native-sounding name. However, many retain some form of their cultural identity within their child's name while also making it more American.

Children with more native names were shown to complete more schooling and have a higher income than those with foreign names. The native names also were less likely to marry a foreigner than those with foreign names. The research suggests that while giving a child a foreign name retains cultural identity more easily, it opens up the child to more racial discrimination. (What History Tells Us About Assimilation of Immigrants, 2017). This is a form of racialization, which is the process of defining people as certain races and then on that basis being subjected to different and unfair treatment. (Racialization, n.d.). Racialization through names occurs when people associate certain names with races. A person with a more American-sounding name will be discriminated against less simply because people will assume they are American, even if they are not. This is especially important for assimilation because immigrants who are seen as white in the United States are more likely to assimilate quicker than those deemed as "other".

It is also important to understand there are different forms of assimilation in the United States. These forms of assimilation can be broken down into three distinct topics. First, there is Anglo conformity which is when the immigrants are taught that the U.S. culture is superior and they should adopt those norms as their own in order to be accepted. (Formulated as $A+B+C=A$). Second, there is the melting pot theory which is that the immigrant's culture and the host country's culture blend and merge into a new culture that incorporates aspects of each. (Formulated as $A+B+C=D$). This is what people would typically expect from American culture. Finally, there is the salad bowl theory which states that the racial/ethnic minority retains their own cultural norms and identity while

also sharing norms, basic identities, and culture with the host country. (Formulated as $A+B+C=A+B+C$). So while the United States may be famous for being a “melting pot” it is much more likely to be an Anglo-conforming society when it comes to assimilation. (Assimilation & Ethnic Identity : Asian-Nation :: Asian American History, Demographics, & Issues, n.d.). The United States pushes immigrants to conform and adapt to their new environment instead of embracing new cultures and ideas.

This is an issue because instead of supporting and creating spaces for new cultures and identities, the U.S. culture swallows differences and nuances in order to create conformity. This has led to high racial tension within the culture that culminates in discrimination, hate crimes, and legislation that purposefully or inadvertently harms racial and ethnic minorities. Assimilation takes away core parts of people’s familial and cultural identity in order to become more like the majority. This reduces tolerance of other cultures and creates patriotism that borders on superiority over pride in one’s country.

Assimilation also has negative impacts on the immigrant themselves. Often throughout generations, languages change and the newest generation doesn’t learn their parent’s native language or is unable to speak or write it. These create cultural boundaries within people’s own families and can lead to mental health issues such as depression, isolation, and a lack of cultural identity. (Misra, 2015).

Not only does the United States expect immigrants to assimilate, but it also expects them to assimilate without any help from the U.S. government. Learning English is extremely important to new immigrants and 95% of immigrants say that it is the biggest barrier. However, the U.S. does not do nearly enough to help new immigrants learn the language. It does not provide resources to new immigrants to learn the language, but it also does not even provide signs in different languages throughout the country. Almost every sign and advertisement are solely in English which offers no help to new immigrants who may have had zero experience with the language before moving to America. English as a second language programs have declined while the number of immigrant children in public schools has risen, leading to inadequacies in helping these children reach their true potential. (Misra, 2015).

Assimilation also leads to higher crime rates for immigrants. When immigrants first move to the U.S. they often live in neighborhoods further away from white, native-born residents. These neighborhoods tend to have much lower crime rates than those of mostly native-born citizens. However, as assimilation occurs, newer generations reach the same crime rate as native-born citizens. (Misra, 2015).

Assimilation has clear negative and positive impacts on immigrants and native-born citizens. Assimilation though fails to support new cultures and instead expects them to throw away their cultural differences in order to become more “American”. This lack of regard for different cultures is not how a country achieves human rights for each of its citizens. Cultural relativity is another extreme response to the universality of human rights that must be examined. Instead of eliminating differences, cultural relativity seeks to understand and accept all differences as long as the host culture accepts them as a norm. This leads to a number of different problems that infringe upon human rights as well.

2.2 Cultural Relativity

Cultural relativism is the practice of regarding one culture from the viewpoint of itself and not from the perspective of another. This philosophy suggests that no single culture is better than any other culture. It also states that there is no absolute standard of good and evil in society. There are two types of cultural relativism: critical and absolute. The absolute method suggests that everything that occurs in a culture should not be questioned by outsiders. The critical method though looks into who is accepting the norms and why and examines the power structures within a culture. (Nickerson, 2021).

For example, in Afghanistan since August 15, 2021, the Taliban have taken over Kabul and have control of the government. The Taliban is a theocracy that follows the practice of killing people who do not agree with their beliefs. These beliefs include devote religious practices, men must have beards and can marry multiple women, and women cannot receive an education or show most of their body outside of the home. (Amnesty International, n.d.). The absolute method would say that these practices cannot be judged from the western perspective. (Nickerson, 2021). The critical method however would look into the power structures and the conflict between the Taliban and non-Taliban Afghans still without imposing western values into the equation. (Nickerson, 2021). These two methods of cultural relativism would come to drastically different conclusions most likely. (Amnesty International, n.d.). However, the international community (mostly as a united front) has declared many of the Taliban's tactics to be a violation of international law and standards. Cultural relativism does not value even a general consensus of countries around a certain norm and would not take international consensus into consideration for its evaluation.

This is very different from ethnocentrism which is applying one's one culture when evaluating another culture. (Nickerson, 2021). For example, it is commonplace in some countries to eat insects as a food source, and they are sold in large quantities by street vendors. That behavior is nearly non-existent in the United States. Therefore, an American may say that eating insects is disgusting, while it is actually a cheap way for many people to get many nutrients throughout the day. Cultural relativism removes the person from their own culture in order to evaluate another culture's norms and traditions.

Cultural relativism in the United States could have many impacts if it was taken seriously. It would lead to the conclusion that no one country's belief system is superior to another. Following that premise and the earlier example of the Taliban, the United States would not have believed it necessary to start wars in the Middle East in order to instill a government that the United States is comfortable with. If Americans believed in cultural relativism, they would evaluate the practices in Afghanistan, not from their own viewpoint, and try to understand the government of Afghanistan from their own practices. However, the United States was and still is more likely to employ ethnocentrism in situations such as this one. (Amnesty International, n.d.).

On the other hand, cultural relativism can also lead to beliefs that most people would conclude are wrong. For example, in the 1940s during World War II, most people would consider the genocide of the Jewish people to be morally wrong and unfathomable. However, under cultural relativity, one could not judge from their cultural perspective. One must look into if it was an accepted norm in Germany at the time and if it was

then the practice would be deemed respectable. This would lead to the conclusion that this act was not morally wrong, which is an irrational conclusion and therefore cultural relativity cannot be applied to all acts or used as the only way to apply the universality of human rights. (Rachels, 1999).

Another issue with cultural relativity is that it stops people from being able to criticize their own culture as well. The test is simply to ask if the action conforms to the norms of society. In the United States, an example of this in the past is slavery. Until the 1860's slavery was legal and encouraged in many southern states as a way to increase one's power and prowess. If someone at the time was trying to figure out if this practice was wrong and they looked to see if society accepted the behavior it would seem to be that it is okay. However, most people would find this appalling. Therefore, cultural relativity is not the answer in many scenarios to how to approach the universality of human rights. (Rachels, 1999).

Cultural relativity and assimilation are not the only two options when evaluating how a country can create equal human rights for each of its citizens. These are two extreme options that come with clear problems that are difficult to solve if those were the only options. Between erasing the differences between cultures through assimilation and accepting every action of a different culture, there lies a middle ground. Two other options, promoting differences and ensuring equality, provide a way for countries to balance the majority culture with new cultures arriving through immigrants. These two options allow immigrants to participate fully in a new culture while also retaining their traditions and norms that tie them to their family and original culture. Each of these though also comes with problems that the U.S. must recognize in order to fully guarantee equal human rights to immigrants.

2.3 Promoting the Differences

While assimilation and cultural relativity each have their own unique problems, there are less extreme answers to how to incorporate human rights into different cultures. Assimilation encourages everyone to be the same at the expense of the "other" culture, while cultural relativity basically states there is no issue with any culture if it is a widely accepted norm within that culture. One way of meeting in the middle is to simply promote the differences within the American system that each culture provides.

In the United States, there is a separation of church and state. It is also constitutionally protected that each person may practice their own religion as their religion dictates. One way the U.S. has promoted the differences is by allowing people to follow their faith. One example is that Jehovah's Witnesses can practice their beliefs even in life-or-death situations. Jehovah's Witnesses do not believe in blood transfusions. Therefore, they are allowed to deny themselves a blood transfusion even if it is the only thing that would save their lives. Doctors must respect this decision even if it means losing a patient, regardless of how the doctor feels about the patient's choice. (Caine, 2014). If a Jehovah's Witness accepts a blood transfusion they may be ostracized or expelled from their community which could have devastating mental health complications if it was not their choice to receive these transfusions. (Caine, 2014). This dramatic show of promoting differences conveys the importance of promoting the differences in people's beliefs and culture.

Not only can someone refuse life-saving treatment, but also they are empowered to do so within the American culture.

A less extreme example is historically black colleges or universities (HBCUs). HBCUs are colleges or universities that are predominantly black, though anyone is allowed to apply and attend. These schools were developed out of necessity due to decades of black students being unable to apply to traditionally white schools even after the abolition of slavery and segregation. These schools are dedicated to teaching about African culture, and prominent black members of society and offer a space for black Americans to not feel prejudiced, while also simply providing the college experience and schooling to its students. (Buchkova, 2021)

These schools not only provide a quality education that many Americans would not be able to find elsewhere, but they also accelerate black mobility in the economy. These schools account for 17% of all degrees of black Americans and have an estimated \$10 billion increase in the salaries of black workers. (How HBCUs Can Accelerate Black Economic Mobility, 2022). Currently, in the U.S. 80% of black judges and 50% of black lawyers attended HBCUs, which shows the power these schools have in giving black students the tools to be successful. HBCUs have been attended by Oprah Winfrey, director Spike Lee, and most notably Vice President Kamala Harris. (Buchkova, 2021). These schools promote the differences between African and American cultures while successfully setting up graduates in the workplace. HBCUs are one of the most successful examples of promoting differences in the United States.

304 ■ Finally, Chinatowns within the United States are another example of promoting differences. Similar to HBCUs, the beginning of Chinatowns are based on racism and xenophobia towards Chinese immigrants. The first Chinatown developed in California during the gold rush, and originally Chinese immigrants were tolerated. However, as immigration increased and the job market competition increased as well. Not only did hate crimes such as lynching start to occur, but also the U.S. made it illegal for more Chinese to enter the U.S., which was its first law restricting immigration. While racism and hate for the Chinese grew, Chinatowns became a sanctuary for many Chinese as they were less likely to be attacked there. These towns became a hub for newly immigrated Chinese individuals and families and provided a social group that understood their struggles intuitively. (Yarlagadda, 2022).

Chinatowns have since become a cultural marker within many of America's largest cities. There are currently around 50 Chinatowns within the U.S., each a different size and varies slightly in culture. However, reverse white flight (whites returning from suburban areas back to urban areas) risks gentrification of these neighborhoods. (Yarlagadda, 2022). These neighborhoods not only provide close cultural connections for new immigrants, but they also share their culture with non-Chinese Americans through food, clothes, and entertainment not found in other neighborhoods in U.S. cities. The U.S. must continue to protect these neighborhoods from gentrification and rising housing prices in order to protect the culture that is housed within in neighborhood. A loss of any of these neighborhoods would negatively impact not only Chinese Americans but also the community at large in each area. Chinatowns provide an example of promoting differences in a healthy way that allows cultures to co-exist together in a peaceful and meaningful way.

Promoting the differences between cultures promotes awareness of different cultures and their norms. This normalization of different traditions creates more comfort with the average American and increases the chances of each person feeling an attachment to that other culture. The more Americans that feel comfortable with Jehovah's Witnesses, black excellence, and Chinese culture the more likely each community is going to be respected and treated equally within the law and community. Promoting the differences loudly and in a way that benefits not only the group at hand but the community at large is one way in which human rights can be respected throughout the nation. However, promoting the differences between different communities is not the only way that the U.S. can create a universality of human rights.

2.4 Ensure Equality

Ensuring equality is yet another way to find a balance in universalizing human rights. Ensuring equality can come in many different forms, but it ensures that foreign-born and native-born citizens have the same rights and opportunities. One way this has played out extensively in the United States is through higher education in colleges and universities. Affirmative action is a practice of many universities in admitting students of "diverse backgrounds" (usually students of color) into colleges and universities. Throughout the years it had been held unconstitutional to set aside specific seats for these students or to give them a significant advantage over white students. The Supreme Court has battled since the 80s with different admissions schemes, getting into the most minute details in order to differentiate from its prior rulings. (History of Affirmative Action - American Association for Access Equity and Diversity - AAAED, n.d.). The Supreme Court is still fighting the battle with affirmative action in 2022 and until it has a clear set of rules it will continue to have to deal with similar problems. While the goal of affirmative action was to provide a road without discrimination for minorities, it has been more effective in stoking more discrimination against these minorities. Many white Americans feel that minorities are given special treatment with affirmative action instead of being provided with equal treatment (admission without discrimination).

This has led to the American public having heated debates about whether or not affirmative action is fair. The only people who have sued in these cases are white students who were not admitted to the institutions that applied these tactics. This leads to many issues about whether people of color are given unfair advantages in admissions. (History of Affirmative Action - American Association for Access Equity and Diversity - AAAED, n.d.). The main goal of affirmative action though is to make up for decades of excluding these students. It is trying to ensure that people are not being discriminated against for their ethnicity or race or socioeconomic background, which is a goal of ensuring quality. While it remains controversial, it is an example of how colleges and universities are trying to ensure equal treatment of different cultures.

On the other hand, the United States has failed many times in ensuring equality. One of the most egregious examples of this is the Japanese internment camps during World War II. After the attack of Pearl Harbor in 1941, The United States government established internment camps (concentration camps) that housed large numbers of Japanese Americans in under 48 hours after the attack. The camps were meant to protect the West Coast. However, Pearl Harbor is in Hawaii and many of these people could

not read or speak Japanese and had no family still in Japan to even connect with if they wanted. (Magazine, 2017). These people were forced from their homes and forced to remain under military watch for months. There was no proof that many of these people had any connection to the attack on Pearl Harbor or had any connection with the war itself. Many Japanese Americans were also barred from enlisting in the war even if they wanted. There was also no relocation of German or Italian citizens, each country being America's other enemies during WWII. The exclusion of Japanese citizens after Pearl Harbor was not only due to the Pearl Harbor attacks but also because it was easier to see them as other, instead of Europeans who fit in with the white Americans. (Magazine, 2017).

In one of the most controversial Supreme Court decisions (*Korematsu*), the Supreme Court upheld the constitutionality of the internment camps stating that the military had the best insight into this situation and that the Supreme Court should not impede. (Trickey, 2017) This case is now taught as an example of the Supreme Court making wildly inappropriate decisions but has yet to be officially overturned. But it is a clear case of how the United States has worked directly against universality in human rights and has prioritized white Americans over Asian Americans, African-Americans, and Latino Americans. In 1988, President Ronald Reagan and his administration tried to right the wrongs of the past and issued reparations for the families of the prisoners held in internment camps in WWII. (Trickey, 2017). This shows that the United States is working towards ensuring equality, but has continued to make egregious mistakes along the way.

Finally, ensuring equality as extends to environmental justice. Environmental justice is seeking environmental equality for people regardless of race, ethnicity, socioeconomic status, or background. In the U.S. there is a long history of environmental racism, which is an environmental injustice that disproportionately impacts people of color. For example, there is a town in Louisiana, that is nicknamed "Cancer Alley". This is because the residents in this town are 50% more likely to develop cancer than the average American, and the majority of its population is black. It is an 85-mile stretch that is covered in oil refineries and petrochemical plants that recklessly dispose of their waste, which causes a severe impact on the town's residents. (Colarossi, 2020). The people who live here simply cannot afford to move to a safer area, and the U.S. government should work towards ensuring environmental equality for people in areas such as this one. This would be one of the most positive ways that the U.S. government could ensure equality. By promulgating stricter environmental regulations on large factories and oil refineries, it could provide a safer environment for its own citizens.

While there are numerous examples of environmental racism impacting black communities, there are even more egregious examples of it occurring to Native Americans. This is perhaps even more disrespectful because the pollution occurs on sacred lands of different Native American tribes. (Arvin, 2021). One major battle in Minnesota over the last few years has been the fight over Line 3, a new pipeline that would expand a current pipeline an extra 350 miles that have a high risk of oil spills. These oil spills, if they were to occur, would mostly impact indigenous lands throughout Minnesota and Wisconsin. These are sacred lands that feed, water, and provide shelter to many different Native American tribes. The suggested impact of the extended oil pipeline is roughly equivalent to bringing 50 new coal plants into the area. (Arvin, 2021). This is another

example of where the United States could improve its dedication to the universality of human rights. Each person has the right to the enjoyment of life, and these lands are sacred to a culture that the United States has a long history of disrespecting. If the United States were to better respect other cultures and ensure equality and promote differences within the many cultures within its borders, it could provide better environmental justice to minority groups such as these Native American tribes.

The United States has a long way to go before it can honestly say it has created equality for each of its citizens. The examples above show the constant back and forth that progress requires. Ensuring equality can come in many different forms and there are many examples that could not be listed, however, it is clear there is no perfect solution for any one problem. While promoting differences and ensuring equality work much better than assimilation or cultural relativity the U.S. has not yet found the solution to merging the number of cultures it currently boasts within its borders.

3. Conclusion

Overall, the United States is not a melting pot of cultures but is still focused on assimilation and trying to fit everyone into a singular mold of a culture that has not evolved in many years. The problems with assimilation such as mental health issues, dissolution of family culture between generations, and a feeling of being other will continue until the United States can better handle the universality of human rights. On the other hand, cultural relativity would be a drastic overcorrection that would also cause issues. Cultural relativity would allow human rights violations if taken too far and would not help cultures grow together. The solution to providing human rights to all of its citizens is not a simple one. There are many steps that need to be taken in a number of different areas of law and public policy. However, simply understanding, recognizing, and naming the issues is the first big step the United States should take to remedy the issues it has caused with assimilation. Promoting differences and ensuring equality are just two middle-ground options that the U.S. can employ in creating equal human rights for each of its citizens. The universality of human rights creates unique problems when applied to cultures co-mingling in a single society and not one country has perfected it yet. But there are many ways to improve the cohesiveness of a country without erasing cultural differences.

Bibliographical references

Amnesty International. (n.d.). *Afghanistan Archives*. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.amnesty.org/en/location/asia-and-the-pacific/south-asia/afghanistan/report-afghanistan/>

Assimilation & Ethnic Identity : Asian-Nation :: Asian American History, Demographics, & *Issues*. <http://www.asian-nation.org/assimilation.shtml#sthash.uWZfayRl.dpbs>. Accessed 6 Oct. 2022.

- Brown, B. K. F. S. D. (2021, September 21). *Assimilation Models, Old and New: Explaining a Long-Term Process*. migrationpolicy.org. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.migrationpolicy.org/article/assimilation-models-old-and-new-explaining-log-term-process>
- Arvin, J. (2021, March 25). *The battle over the Line 3 oil pipeline expansion in Minnesota, explained: How Native Americans are leading t. . .* Vox. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.vox.com/22333724/oil-pipeline-expansion-protest-minnesota-biden-climate-change>
- Buchkova, M. (2021, February 26). *In Pursuit of Black Excellence — The Legacy of HBCUs in America*. America House Kyiv. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.americahousekyiv.org/ah-blog/2021/2/24/in-pursuit-of-black-excellence-the-legacy-of-hbcus-in-america>
- Caine, N. (2014, May). *The Challenges of Treating Jehovah's Witnesses*. Medical Protection. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.medicalprotection.org/southafrica/casebook/casebook-may-2014/the-challenges-of-treating-jehovah%27s-witnesses>
- Center, D. P. I. (2022, May 31). *Countries That Have Abolished the Death Penalty Since 1976*. Death Penalty Information Center. Retrieved October 6, 2022, from <https://deathpenaltyinfo.org/policy-issues/international/countries-that-have-abolished-the-death-penalty-since-1976>
- Colarossi, N. (2020, August 13). *10 egregious examples of environmental racism in the US*. Insider. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.insider.com/environmental-racism-examples-united-states-2020-8>
- History of Affirmative Action - American Association for Access Equity and Diversity - AA-AED*. (n.d.). Retrieved October 6, 2022, from https://www.aaed.org/aaed/History_of_Affirmative_Action.asp
- How HBCUs can accelerate Black economic mobility*. (2022, August 1). McKinsey & Company. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.mckinsey.com/industries/education/our-insights/how-hbcus-can-accelerate-black-economic-mobility>
- Magazine, S. (2017, January 5). *The Injustice of Japanese-American Internment Camps Resonates Strongly to This Day*. Smithsonian Magazine. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.smithsonianmag.com/history/injustice-japanese-americans-internment-camps-resonates-strongly-180961422/>
- Misra, T. (2015, September 30). *For Immigrants, "The Melting Pot" Is A Mixed Bag*. Bloomberg. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-09-30/a-new-report-finds-that-assimilation-has-mixed-outcomes-for-u-s-immigrants>
- Nickerson, C. (2021, February). *Cultural Relativism | Definition & Examples - Simply Psychology*. SimplyPsychology. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.simplypsychology.org/cultural-relativism.html>

- Racialization*. (n.d.). Alberta Civil Liberties Research Centre. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.aclrc.com/racialization>
- Rachels, J. (1999). *The Challenge of Cultural Relativism*. Retrieved October 6, 2022, from <https://faculty.uca.edu/rnovy/Rachels--Cultural%20Relativism.htm>
- States and Capital Punishment*. (n.d.). Retrieved October 6, 2022, from <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/death-penalty.aspx>
- The Challenge of Cultural Relativism*. <https://faculty.uca.edu/rnovy/Rachels--Cultural%20Relativism.htm>. Accessed 6 Oct. 2022.
- Trickey, E. (2017, January 30). *Fred Korematsu Fought Against Japanese Internment in the Supreme Court. . . and Lost*. Smithsonian Magazine. Retrieved October 6, 2022, from <https://www.smithsonianmag.com/history/fred-korematsu-fought-against-japanese-interment-supreme-court-and-lost-180961967/>
- Universality and diversity*. OHCHR. (n.d.). Retrieved October 6, 2022, from <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-cultural-rights/universality-and-diversity>
- What history tells us about assimilation of immigrants*. (2017, April 12). Stanford Institute for Economic Policy Research (SIEPR). Retrieved October 6, 2022, from <https://siepr.stanford.edu/news/what-history-tells-us-about-assimilation-immigrants>
- Yarlagadda, T. (2022, September 14). *The Rise, Fall and Future of Chinatowns in the U.S*. HowStuffWorks. Retrieved October 7, 2022, from <https://people.howstuffworks.com/culture-traditions/cultural-traditions/chinatowns.htm>



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

C. IGNACIO DE CASAS

La dignidad al debate: Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de Nicolás Lafferriere y Helga Lell

Jorge Nicolás Lafferriere y Helga María Lell (Eds.). *La dignidad a debate: Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Marcial Pons-Universidad Católica Argentina-FONCYT, 2021, 218 pp.

Recibido: 23/10/2022 - Aceptado: 28/11/2022

Este libro, que es el resultado del trabajo de investigación de un amplio equipo y del que solo algunos autores firman sus capítulos, versa tanto sobre la dignidad como sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Trata cuestiones iusfilosóficas, de teoría del derecho, y cuestiones de análisis jurisprudencial muy profundas. Por ello, uno podría decir que es un libro que interesará tanto a filósofos del derecho como a internacionalistas y constitucionalistas, y también (quizás especialmente) a metodólogos.

Consta de seis capítulos, más una introducción y un par de anexos. Quizás el libro se hubiera beneficiado de un capítulo adicional —conclusivo— que diera cierre e integrara toda la obra. Esta presentación, por su parte, no sigue un estricto orden basado en la estructura del libro, sino que he preferido dividirla en cuatro temas que agrupan puntos que me resultaron de interés:

Sustancia. Los capítulos I, V y VI, sobre el concepto de dignidad, la dignidad como derecho y la dignidad en su relación con los derechos implícitos, respectivamente, son los que nos explican la parte más sustantiva del libro. En el primero, como introducción, Gabriel Maino explora el concepto de dignidad en general, con algunos de sus varios posibles contenidos: como fundamento de derechos, como derecho, y como adjetivador de derechos. Repasa las tradiciones filosóficas que han intentado explicar aquel concepto: la cristiana, la kantiana y aquella quizás más actual, aunque se relaciona intrínsecamente con la concepción kantiana: la que identifica dignidad con autosuficiencia. Esta última concepción se encontrará muy presente en la Corte IDH.

En el capítulo V, Giuliana Busso analiza la existencia de un derecho autónomo a la dignidad, distinto de la dignidad como fundamento o marco. Es la propia Corte IDH la que declama que esto es así, pero la autora llega a la conclusión de que no puede decirse que este derecho tenga un objeto claro en la jurisprudencia de la Corte (p. 154). El análisis serio y pormenorizado que Busso hace de los hilos jurisprudenciales y las citas la llevan a hacerse preguntas (p. 146) que quizás solo se explican por la falta de consistencia del propio tribunal.

Método. Al tema de los usos del concepto de dignidad por la jurisprudencia de la Corte IDH se dedican los tres capítulos centrales: el II y el III, coescritos por Nicolás Lafferriere y Helga Lell, y el IV por Florencia Ratti.



Para el abordaje metodológico, de acuerdo con el objeto de estudio (un corpus de casi 400 sentencias y opiniones consultivas) y con el propósito de delimitar un nuevo campo de estudio a través de la construcción de una tipología, el marco que parecen haber adoptado (aunque más no sea intuitivamente) podría describirse como el de la *grounded theory* (Glaser & Strauss, 1967), que busca descubrir categorías emergentes a partir de la comparación constante.

Según Cannata, el enfoque de Glaser y Strauss enfatiza la función de generar teoría sin testear, en el sentido de que promueve la generación de categorías y conjeturas explicativas que surgen a partir del contacto con el campo. Por esto, es particularmente apropiado para abrir camino en áreas no exploradas, porque, en esos ámbitos, el trabajo con hipótesis de investigación tiene poco sustento en la realidad y una indeterminación muy alta, a consecuencia de carecer de un contexto de descubrimiento consolidado que dé contención a la imaginación de nuevas hipótesis (Cannata, 2018, pp. 17-18). Para esto, los autores no partieron de cero, sino que analizaron también distintas clasificaciones de la dignidad hechas por otros autores que habían analizado objetos similares en busca de ese concepto (es decir, la dignidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la dignidad en la doctrina, en el derecho constitucional, etc).

En este tipo de metodología, la función del investigador es central porque el avance del estudio se basa en decisiones poco estandarizadas. El investigador es la herramienta: su juicio es un elemento clave en este proceso de análisis, pues debe tener en cuenta las expresiones lingüísticas y sus contextos referenciales, para interpretar funciones en el discurso. Interpretar estas funciones no depende solamente de la mención material, que es la condición mínima (por ejemplo, cada vez que aparece la palabra “dignidad”), sino de la valoración de la interrelación textual y paratextual (Cannata, 2018, p. 20).

El equipo de investigación detrás de este libro aplicó técnicas cuanti y cualitativas para aquello que la mayoría de nosotros, los autores que analizamos la jurisprudencia de la Corte IDH, solo usamos intuiciones. Así, confirman o descartan hipótesis generalmente aceptadas sin mucha rigurosidad. Por eso, este trabajo es encomiable y digno de ser más conocido. Ojalá la propia Corte IDH trabajara así y conociera su propia jurisprudencia con la profundidad con la que lo hacen estos autores.

Por eso, el valor de esta obra trasciende la cuestión de la dignidad, pues nos deja una metodología de análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH que se puede transpolar a cualquier tópico que el tribunal aborde en su jurisprudencia y que permite la reconstrucción de líneas jurisprudenciales o cadenas de citas. La obra también aporta el concepto de “fórmulas usuales” o habituales como criterios interpretativos que se repiten.

Interpretación vs. creación. Bajo este título me vuelvo a referir al tema del capítulo VI, donde Florencia Verra trata de un tema de teoría del derecho: la teoría de los derechos implícitos. Allí analiza el texto convencional y también la práctica jurisprudencial de la Corte. La autora busca y encuentra conexiones de la dignidad con cada uno de los derechos implícitos explicitados por la Corte IDH.

Hay un punto con el que disiento en este capítulo, que es la posición tomada por Verra (pp. 160, 175-6) sobre el modo en que la Corte IDH fundamentaría estos derechos: para ella se trata de un acto interpretativo del tribunal más que de un acto de creación. Para mí, aquí está en juego una de las distinciones centrales a todo sistema jurídico: aquella

entre obligatoriedad y efectos interpretativos que, como explica Jean d'Aspremont, es un correlato de la distinción entre la teoría de las fuentes y la teoría de la interpretación (d'Aspremont, 2016, pp. 1028-1029).

El elefante en la sala. Las críticas de los autores a las inconsistencias de la Corte en el manejo de las fuentes, de su propia jurisprudencia, y otros vicios que se evidencian a lo largo de tan exhaustivo análisis, demuestran algo que los autores no han querido explicitar, pero aparece evidente ante los ojos. El problema no es de la vaguedad, polisemia o equivocidad del concepto de dignidad. El problema es de la Corte IDH, que ha decidido convertirse en creadora de derecho (de "estándares"), a la vez que lo hace evidenciando una cierta falta de coherencia de su trabajo (quizás condicionada por una grave falta de personal o de presupuesto que afectan la profesionalidad de lo que hacen).

Así, el capítulo IV revela que en el discurso de la Corte IDH, las citas que ella hace de fórmulas usuales de su propia jurisprudencia se encuadran dentro del tipo "cita de conceptos comunes", en contraposición a las llamadas "citas de analogía". Mientras que las primeras contienen conceptos jurídicos abstractos que se utilizan como soporte argumental, en las segundas se comparan plataformas fácticas y es la analogía fáctica entre los distintos casos la que se transforma en un vínculo de autoridad (pp. 116-118). De esta manera, me atrevería a afirmar que esta investigación revela que la Corte IDH concibe a las fórmulas usuales como estándares más que como precedentes. Se confirma, de este modo, lo mencionado en el punto anterior: que los estándares de la Corte no son el resultado de una mera operación de interpretación, sino de una verdadera creación de derecho.

C. Ignacio de Casas
Universidad Austral (Argentina)
idecasas@austral.edu.ar

315

Referencias bibliográficas

- Cannata, J. P. (2018). *Noticias de película: La ficción como detonante de discurso público*. Crujía.
- d'Aspremont, J. (2016). The International Court of Justice, the Whales, and the Blurring of the Lines between Sources and Interpretation. *European Journal of International Law*, 27(4), 1027-1041. <https://doi.org/10.1093/ejil/chw055>
- Glaser, B. G., & Strauss, A. L. (1967). *The discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research* (4th revised ed. (1995)). Aldine.

Reglamento editorial

La Revista de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (utilizando el sistema doble ciego) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

317

Normas éticas y conflictos de intereses:

Revista de derecho adhiere a las normas y códigos de ética internacionales establecidos por el Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Los autores reconocen todas las fuentes de financiación utilizadas en sus trabajos e indican expresamente, si corresponde, el organismo financiador, y cualquier otro vínculo comercial, financiero o particular con personas o instituciones que pudieran tener intereses con el trabajo propuesto.

Detección de plagio:

La identificación de plagio en el texto es causa de rechazo por parte de la Revista de Derecho. En caso de detectarse un plagio se comunica al autor el motivo del rechazo de su contribución exponiendo claramente las evidencias del plagio.

La revista emplea el servicio de detección de plagio y verificación de originalidad de Turnitin <https://www.turnitin.com/>.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
 - i) Título en español, inglés y portugués.
 - ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
 - iv) Abstract del trabajo en español, inglés y portugués (entre 100 y 200 palabras)
 - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en español, inglés y portugués.
- 6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.
- 7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).
- 8) Normas formales de citado textual:

Las citas y referencias bibliográficas de los textos enviados a la *Revista de Derecho* se harán de acuerdo con las normas APA (American Psychological Association) <https://apastyle.apa.org/> y el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> para poder iniciar el proceso de arbitraje.

Las citas textuales se harán según el sistema autor-fecha, indicando además el número de página de la fuente. Ejemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Si la cita contiene menos de 40 palabras se la encierra entre comillas dobles.

Si la cita contiene 40 palabras o más se la redacta en un párrafo en bloque con sangría 1,25 cm.

Las **citas parafraseadas** también se harán de acuerdo con el sistema autor-fecha, no se encierra la cita entre comillas y tampoco se cambia el formato del párrafo, no es necesario indicar la página de la fuente. Se debe agregar la referencia de la cita parafraseada al listado de Referencias bibliográficas.

Las referencias de las fuentes citadas se listan en un párrafo aparte con sangría francesa de 1,25 cm y se ordenan alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Referencias bibliográficas**.

Ejemplos:

Libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). *Título del libro*. Lugar: Editorial.

Apellidos, A. A. (año). *Título del libro* (Trad. B. B. Apellidos y C. C. Apellidos, 15.^a ed.). Lugar: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Capítulo de libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). Título del capítulo del libro. En C. Editores, D. Editores, y E. Editores (Eds.), *Título del libro* (pp. Xxx-xxx). Lugar: Editorial.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Artículos de revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B., y Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la Revista*, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo como por ejemplo Constitución de la República, leyes y decretos, proyectos de ley, Sentencias de tribunales, Jurisprudencia publicada en libros o artículos de revista, etc. consultar el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Las fuentes consultadas, pero no citadas en el texto se incluirán en una lista ordenada alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Bibliografía**, al final del documento.

Editorial guidelines

The Law School Journal is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed using the double-blind system. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

321

Ethical codes and conflicts of interest:

Revista de Derecho adheres to the international standards and codes of ethics established by the Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

The authors acknowledge all sources of funding used in their work and expressly indicate, when appropriate, the funding agency and any other commercial, financial or private link with persons or institutions that may have interests with the proposed work.

Plagiarism Detection:

The identification of plagiarism in the text is a reason for rejection by Revista de Derecho. If plagiarism is detected, the author is informed of the reason for the rejection of his contribution, with the evidence of plagiarism clearly stated.

The journal uses Turnitin plagiarism detection and verification of originality service, <https://www.turnitin.com/>

Guidelines for the publication of academic papers

- 1) Manuscripts must be sent by e-mail to redaccionfder@um.edu.uy. Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.
- 2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.
- 3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.
- 4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.
- 5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:
 - i) Title in Spanish, English and in Portuguese.
 - ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
 - iii) An abstract of the manuscript in Spanish, English and in Portuguese (between 100 and 200 words).
 - iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in in Spanish, English and in Portuguese.
- 6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.
- 7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).
- 8) Formal rules for textual citation:

Citations and bibliographical references of the texts sent to the *Revista de Derecho*, will be made according to the APA (American Psychological Association) standards <https://apastyle.apa.org/> and the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> in order to be able to start the arbitration process.

Textual citations will be made according to the author-date system, also indicating the page number of the source. Example: (Bugallo, 2006, p. 484).

If the quotation contains less than 40 words, it is enclosed in double inverted commas.

If the quotation contains 40 words or more, it is written in a block paragraph with an indentation of 1.25 cm.

Paraphrased quotations are also to be made according to the author-date system, the quotation is not enclosed in inverted commas and the format of the paragraph is not changed, it is not necessary to indicate the page of the source. The reference of the paraphrased quotation must be added to the list of bibliographical references.

References of cited sources are listed in a separate paragraph with French indentation of 1.25 cm and are arranged alphabetically under the heading **Bibliographical references**.

Examples:

Books:

Surname, A. A., and Surname, B. B. (year). Title of the book. City of Publisher: Publisher.

Surname, A. A. (year). Title of the book (translations by B. B. B. Surnames and C. C. Surnames, 15th ed.). City of Publisher: Publisher.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Book chapters:

Surnames, A. A., and Surnames, B. B. (year). Title of book chapter. In C. Editors, D. Editors, and E. Editors (Eds.), Title of the book (pp. Xxx-xxx). City of Publisher: Publisher.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Journal articles:

Surname, A. A., Surname, B. B., and Surname, C. C. (year). Title of the article. Title of the journal, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

For normative legal material such as the Constitution of the Republic, laws, court rulings, jurisprudence published in books or journal articles, etc. consult the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Sources consulted but not cited in the text will be included in an alphabetical list under the heading **Bibliography** at the end of the document.

Regulamento editorial

A Revista de Direito é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideú.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

- Mensagem do Decano ou do Diretor
- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (usando o sistema duplo-cego) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideú, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

325

Normas éticas e conflitos de interesses:

Revista de Direito adere às normas e códigos internacionais estabelecidos pelo Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Os autores reconhecem todas as fontes de financiamento utilizadas nos seus trabalhos e especificam expressamente, nos casos solicitados, o organismo financiador e qualquer outro vínculo comercial, financeiro ou particular com pessoas ou instituições que pudessem ter interesses no trabalho proposto.

Identificação de plágio:

A identificação de plágio no texto constitui causa de rejeição pela Revista de Direito. Em caso de identificação de plágio, é comunicado ao autor o motivo da rejeição da sua contribuição, sendo expostas claramente as evidências do plágio.

A revista usa a detecção de plágio do Turnitin para verificação do serviço de originalidade, <https://www.turnitin.com/>

Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

- 1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a redaccionfder@um.edu.uy. As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.
- 2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.
- 3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.
- 4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.
- 5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:
 - i) Título em espanhol, inglês e português.
 - ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: ORCID), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
 - iv) Abstract do trabalho em espanhol, inglês e português (entre 100 e 200 palavras)
 - v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em espanhol, inglês e português.
- 6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.
- 7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).
- 8) Regras formais de citação textual:

Citações e referências bibliográficas de textos submetidos à Revisão da Lei serão feitas de acordo com as normas da APA (Associação Psicológica Americana) <https://apastyle.apa.org/> e o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> a fim de iniciar o processo de arbitragem.

As **citações textuais** serão feitas de acordo com o sistema autor-data, indicando também o número da página da fonte. Exemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Se a citação contiver menos de 40 palavras, é incluída entre aspas duplas.

Se a citação contiver 40 palavras ou mais, está escrita num parágrafo de bloco com recuo de 1,25 cm.

As **citações parafraseadas** também serão feitas de acordo com o sistema autor-data, a citação não é incluída entre aspas e o formato do parágrafo não é alterado, não é necessário indicar a página da fonte. A referência da citação parafraseada deve ser acrescentada à lista de referências bibliográficas.

As referências das fontes citadas são listadas num parágrafo separado com recuo francês de 1,25 cm e estão dispostas alfabeticamente sob o título de **Referências Bibliográficas**.

Exemplos:**Livros:**

Apelido, A. A., e Apelido, B. B. (ano). Título do livro. Local: Editora.

Apelidos, A. A. (ano). Título do livro (tradução: B. B. Apelidos e C. C. Apelidos, 15ª ed.). Local: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Capítulos de livros:

Apelidos, A. A., e Apelidos, B. B. (ano). Título do capítulo de livro. Em C. Editores, D. Editores, e E. Editores (Eds.), Título do livro (pp. Xxx-xxx). Cidade da editora: Editora.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Artigos de periódicos:

Apelido, A. A., Apelido, B. B., e Apelido, C. C. (ano). Título do artigo. Título do periódico, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo, como a Constituição da República, leis e decretos, projectos de lei, decisões judiciais, jurisprudência publicada em livros ou artigos de revistas, etc. consulte o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

As fontes consultadas mas não citadas no texto serão incluídas numa lista alfabética sob a rubrica **Bibliografía** no final do documento.



Facultad de Derecho
www.um.edu.uy